Der Realisierungszwang im Tarifrecht.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Wirtschafts-
Wissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der
Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen.

Vorgelegt von
Kurt Birrenbach
Kammergerichtsreferendar.

1933
Druck: H. Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer.

Dekan: Professor Dr. Stoll

Referent: Professor Dr. Kreller

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Januar 1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Disposition

Der Realisierungszwang im Tarifrecht.

Einleitung 1

I. Hauptteil:

Die Grundlagen.

I. Kapitel. Zwangstarif und freiwilliger Tarifvertrag.

§ 1 Die Rechtsnatur der Verbindlicherklärung . . 3
§ 2 Zwangstarif und Friedenspflicht 14

II. Kapitel. Zwangstarif und Wiedereinstellungsklausel.

§ 1 Die Wiedereinstellungsklausel als obligatorische Bestimmung 19
§ 2 Die Wiedereinstellungsklausel als Normativbestimmung 25
§ 3 Die Lehre von der zivilrechtlichen Individualwirkung der Wiedereinstellungsklausel . . 27
§ 4 Die Lehren von der normativen Rückwirkung der Wiedereinstellungsklausel 32
§ 5 Zusammenfassung 46

II. Hauptteil:

Der Realisierungszwang.

I. Kapitel. Begriff, Umfang und Bedeutung der tariflichen Realisierungspflicht 48
§ 1 Realisierungszwang und Realisierung . . . 48
§ 2 Der Realisierungszwang im Spiegel von Literatur und Praxis 50
§ 3 Durchführungs-, Friedens- und Realisierungspflicht 55
§ 4 Realisierungspflicht und Arbeitskampf . . . 61
§ 5 Die Realisierungspflicht als Ausfluß der tariflichen Friedenspflicht 66

II. Kapitel. Realisierungszwang und Tarifparteien . . 73
§ 1 Die Nichtzumutbarkeit des Zwangstarifs . . 73
§ 2 Die gewollte Realisierungsfähigkeit 87
III. Kapitel. Realisierungszwang und Verbandsmitglieder 95
§ 1 Realisierungspflicht, Verbandsmacht und Einzelarbeitsvertrag 95
§ 2 Realisierungspflicht und Stillegungsverordnung 98

LITERATURVERZEICHNIS.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1929, Aufl. 11.

Bandmann: Verfahren vor den Mietseinigungsämtern und Beschwerdestellen, Berlin 1925.

Benzinger: Verbindlich erklärte Tarifrechte vor den ordentlichen Gerichten, Göttinger Diss. 1927.

Berg: Der Zwangstarif, Köln. Diss. 1929.

Bodmann: Der Anspruch auf Wiedereinstellung, Arbeitsrecht 1926, Sp. 378.

Boehmer: Die Erzwingbarkeit der Wiedereinstellungsklausel, NZf. A. 1929, Sp. 528 ff, 726 ff.

Brentano: Mein Leben im Kampf um die soziale Entwicklung Deutschlands. Jena 1932.

Bringmann: Friedenspflicht und Tarifbruch, Berlin 1929.

Bürckner: Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipzig 1930.

Dersch: Kommentar zur Schlichtungsverordnung, 2. Aufl.

Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey: Die Rechtssprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht I, II, Mannheim, Berlin, Leipzig 1926/7.

Enneccerus: Recht der Schuldverhältnisse, 23—27. Auflage, Marburg 1927.

Enneccerus-Nipperdey: Bürgerliches Recht, allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.

Eger: Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum v. 1874, 3. Aufl. Breslau 1911.

Flatow-Joachim: Kommentar zur Schlichtungsverordnung 1924, Berlin.

Fleiner: Institution des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen, 8. Aufl., 1928.

Groh: Koalitionsrecht, Heft 3 der Abhandlung zum Arbeitsrecht, Herausgegeb. v. Kaskel u. Sitzler, Berlin, Leipzig 1923.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung, 5. Aufl., Berlin 1929.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1921.

— Einleitung in das öffentliche Recht, Leipzig 1926.

Heck: Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Tübingen 1932.

— Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.

Herrfahrdt: Der Zwangstarif, Kaskel II, S. 129 ff.

Herrmann: Tarifbruch bei Kaskel II, S. 129 ff.

Hedemann: Das Bürgerliche Recht und die neue Zeit, Jena 1919.

Helfrich: Die Durchführungspflicht bei Tarifverträgen, Freiburger Diss. 1929.

Herrschel: Grundfragen der Schlichtung im Lichte der Rechtswissenschaft, Berlin 1931.

Heß: Die Wiedereinstellungsklausel, Kölner Diss. 1928.

Heinemann: Das Ersatzgeschäft, Gruchots Beiträge ff. Bd. 6, 69. Jahrg., 319 ff., 550 ff.

Hoeniger: Der nichtrealisierte Zwangstarif, NZfA. 1929, S. 271 ff., 339 ff.

— Zur Frage des Realisierungszwangs beim für verbindlich erklärten Schiedsspruch, NZfA. 1929, 345 ff., 535 ff.

— Der nichtrealisierte Zwangstarif, Magazin der Wirtschaft 223 ff, S. 807 ff.

Hoeniger-Schultz-Wehrle: Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1—12.

Hueck: Das Recht des Tarifvertrages unter Berücksichtigung der Verordnung v. 23. 12. 1918. Berlin 1920.

— Das Tarifrecht, Stuttgart 1923.

— Lehrbuch des Arbeitsrechtes, Bd. 1, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927-28. 3.—5. Aufl. 1930.

Jellinek, Walter: Das deutsche Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1929.

Jellinek, Georg: Gesetz und Verordnung, 1887.

Jacobi, Erwin: Einführung in das Gewerbe- und Arbeitsrecht, 5. Aufl., Leipzig 1926.

Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechtes, Leipzig 1927.

v. Jhering: Der Zweck im Recht, 3. Aufl., Leipzig.

Kahn-Freund: Umfang der normativen Wirkung des Tarifvertrags und die Wiedereinstellungsklausel, Heft 15 der Schriften des Instituts für Arbeitsrecht, Leipzig, Berlin 1928.

Kandeler: Streik oder Aussperrung und Tarifvertrag, Kaskel I, S. 99 ff.

Kartz: Die Durchführungspflicht im Tarifvertrag, Berlin 1932.

Kaskel: Zur Lehre vom Tarifbruch, Sonderabdruck der neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht 1922, Sp. 397, 477 ff.

— Arbeitsrecht, 3. Aufl., Berlin 1928.

Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1932.

Kaskel (Kaskel I): Koalitionen- und Koalitionskampfmittel, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge, Berlin 1922.

Kaskel (Kaskel II): Hauptfragen des Tarifrechts, A. S. V. II, Berlin 1927.

Klotz: Realisierungspflicht, Friedenspflicht und Durchführungspflicht, Schlichtungswesen 1930, 146 ff.

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.

Kroeber: Problem der privatrechtsgestalteten Staatsakten, Tübingen 1932.

v. Landmann-Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung für das deutsche Reich, 7. Aufl., München 1925.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag, Leipzig, I. Aufl., 1902.

Ludewig: Allgemeine Rechtsgrundsätze der Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Diss. Marburg 1922.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 1924.

Malachow: Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre, 1922.

Mansfeld: Betriebsrätegesetz v. 4. Febr. 1920, mit einschlägigen Nebengesetzen, Bd. 1, Das Betriebsrätegesetz, Essen, 2.—3. Aufl. 1930-1.

Matthaei: Grundzüge des Arbeitsrechtes, Mannheim 1923.

Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht, Berlin u. Leipzig 1932.
Müller, R.: Das Zwangsversteigerungsgesetz, 2. Aufl.
Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.
— Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1924.
— Verhandlungen des 34. deutschen Juristentages, Berlin, Leipzig 1926, S. 395.
— Zur Frage des nichtrealisierten Zwangstarifs NZfA. 1929, Sp. 749 ff.
— (Hueck - Nipperdey): Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, Mannheim, 3.—5. Aufl. 1932.
Nikisch: Friedenspflicht, Durchführungspflicht und Realisierungspflicht, Leipzig 1932.
Noerpel: Das Recht des Zwangstarifs, Gewerkschaftszeitung, S. 374, 1929.
Ortlieb: Wesen des Zwangstarifs, Tübinger Dissertation 1932.
Planck-Siber: Das Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1914.
Raape: Gebrauchs- und Besitzüberlassung, Jherings Jahrbücher Bd. 71, S. 97.
Reichsgerichtsräte Kommentar der R. „Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 6. Aufl., Berlin u. Leipzig 1928.
Rundstein: Die Tarifverträge und die moderne Rechtswissenschaft, Leipzig 1906.
— Tarifrechtliche Streitfragen, Tübingen 1907.
Ruth: Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume, Mannheim-Berlin-Leipzig 1926.
Siber: Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremden Recht (Festgabe der Lpz. Juristenfakultät für Sohm 1915).
— Das Buchrechtsgeschäft, Tübingen 1909.
Sitzler: Tarifrecht, Berlin 1921.
Sitzler-Gaßner: Die Schlichtungsverordnung v. 30. 10. 1923, Berlin 1924.
Sitzler: Die Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, Berlin 1923.
— Der korporative Arbeitsnormenvertrag I 1907, II 1908 Leipzig.
— Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927.
Sinzheimer: Ein Arbeitstarifgesetz, München 1916.
Staudinger: Kommentar z. BGB. und Einführungsgesetz, Berlin-Leipzig 1925, Aufl. 9.
Schmitt, Carl: Der Begriff des Politischen, Tübingen 1932.
— Hüter der Verfassung, Tübingen 1929.
Stoll: Die Auflösung des nichtrechtsfähigen Vereins und die Tariffähigkeit, Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 113. N. F. Bd. 13, 79 ff.
Tebartz: Die Gewerkschaften des öffentlichen Rechts, Köln. Diss. 1929.
Thieme: Die Durchführungspflicht im Recht des Tarifvertrages, Marburg 1928.
Tietze, Fr.: Der Streikbefehl der Organisation, Berlin 1928.
Zunft: Die Wiedereinstellungsklausel, Haller Diss. 1931.

Sammlungen von Entscheidungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen,
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen,
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Landesarbeitsgerichtes (Flatow-Gerstel-Hueck-Nipperdey, Sammlung Bensheimer).

Periodisch erscheinende Druckschriften:

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht,
Arbeitsrecht und Schlichtung,
Arbeitsrecht,
Der Arbeitgeber,
Deutsche Arbeitgeberzeitung,
Gewerbe- und Kaufmannsgericht,
Kartellrundschau,
Gewerkschaftszeitung,
Das Schlichtungswesen,
Reichsarbeitsblatt,
Preußisches Verwaltungsblatt,
Mitteilungsblatt des Schlichtungsausschusses für Groß-Berlin,
Juristische Wochenschrift,
Deutsche Juristenzeitung.

Der Realisierungszwang im Tarifrecht.

EINLEITUNG:

Unter den Fragen, die der Arbeitskampf in der Westdeutschen Eisenindustrie im Jahre 1928 aufgeworfen hat, rührt neben dem Problem des Einmannschiedsspruchs die Frage des Realisierungszwangs beim Zwangstarif an die Grundlagen des staatlichen Schlichtungsrechts und damit an die Fundamente des kollektiven Arbeitsrechts überhaupt. Ist eine Tarifpartei berechtigt, einen Arbeitskampf zum Zwecke der Änderung oder Aufhebung eines für verbindlich erklärten Schiedsspruchs einzuleiten? Darf sie durch bewußte Nichterneuerung der im Arbeitskampf erloschenen Einzelarbeitsverträge dem staatlichen Spruche seine praktische Wirksamkeit nehmen? Kurz, kann sich eine Partei eines Schlichtungsverfahrens über einen Zwangstarif mit einem Akt wirtschaftlicher Selbsthilfe hinwegsetzen?[1]) Diese für Wirtschaft und Staat so entscheidende Frage hat der den Arbeitskampf in der Großeisenindustrie im Herbst 1928 beendende staatliche Schiedsspruch vom 21. XII. 1928 mit der Begründung verneint, beim Zwangstarif bedeute die Einleitung eines Arbeitskampfes und die bewußte Nichterneuerung der im Arbeitskampf gelösten Arbeitsverhältnisse eine Auflehnung gegen die Autorität des Staates. An diese Äußerung des staatlichen Schlichters hat sich eine wissenschaftliche Kontroverse geknüpft[2]), die bis

---

1) Stahl und Eisen, Sonderheft „Der Arbeitskampf in der Groß-Eisenindustrie".

2) Hoeniger Magazin der Wirtschaft 1929 S. 223 f., 807 f., NZfA. 1929 S. 271 ff., 339 ff., 345 ff.; JW. 1929 S. 1273 ff., Boehmer NZfA. Sp. 526 ff., 726 ff., Nipperdey NZfA. 1929 Sp. 749 ff., Bensheimer Bd. V S. 263 ff., Flatow Magazin der Wirtschaft 1929 S. 804, Arbeitsrechtspraxis 1929 S. 128, Noerpel Gewerkschaftszeitung 1929 S. 374 ff.. Klotz Arbeitsrecht und Schlichtung 1929 S. 145 ff., Jacobi JW. 1929 S. 1278 ff.

heute noch nicht zu einer völligen Übereinstimmung der Meinungen geführt hat. Wenn Literatur und Praxis der Problematik des Realisierungszwanges nicht gerecht geworden sind, so erklärt sich das dadurch, daß die Frage des Realisierungszwanges beim Zwangstarif einseitig von der Seite des staatlichen Schlichtungsrechts aus gesehen worden ist[3]). Sieht man diese Frage — sozial und wirtschaftspolitisch durchaus mit Recht — auf dem Hintergrunde jenes Ringens, daß sich zwischen Staat und Wirtschaft um die Verwirklichung des sog. totalen Staates im Sinne von Carl Schmitt[4]) abspielt, so gewinnt man den Eindruck, als sei die Frage des Realisierungszwanges beim Zwangstarif anders zu beurteilen als beim freiwilligen Tarifvertrag. Diese von Hoeniger[5]) und der amtlichen Begründung des Schiedsspruches vom 21. Dezember 1928[6]) vertretene Auffassung ist aber angesichts des klaren Wortlautes des § 6 der Schlichtungsverordnung unhaltbar. Der Realisierungszwang beim Zwangstarif ist vielmehr ein rein tarifrechtliches Problem, mithin eine Frage des kollektiven Arbeitsrechts, die „nur auf Grund der Klarstellung elementarer Begriffe des Tarifrechts zu einer Lösung gebracht“[7]) werden kann. Die Frage des Realisierungszwangs beim Zwangstarif muß daher, wenn sie rechtlich einer Lösung zugeführt werden soll, aus ihrem wirtschaftlich- und sozialpolitischen Zusammenhang gelöst und rein abstrakt als Frage des allgemeinen Tarifrechts einer Untersuchung unterzogen werden.

---

3) Die Frage des Realisierungszwangs beim Zwangstarif war vor Beginn des Arbeitskampfes in der Westdeutschen Eisenindustrie noch nicht in den Kreis wissenschaftlicher Erörterungen getreten.

4) Hüter der Verfassung S. 96 ff., Begriff des Politischen S. 11, S. 13.

5) Hoeniger NZfA. 1929 S. 271 ff.

6) Stahl und Eisen, S. 27.

7) Klotz a. a. O. S. 145.

I. HAUPTTEIL.

Die Grundlagen.

I. KAPITEL.

Zwangstarif und freiwilliger Tarifvertrag.

§ 1.

Die Rechtsnatur der Verbindlicherklärung.

Kommen bei der Verhandlung über den Abschluß eines Tarifabkommens Arbeitnehmerverbände und Arbeitgeber bezw. Arbeitgeberverbände nicht zu einer gütlichen Einigung, so treten auf Antrag einer Partei — und, wenn es das öffentliche Interesse erfordert, auch von Amts wegen — staatliche Schlichtungsausschüsse und Schlichter in Funktion. Führen die Verhandlungen vor dem unparteiischen Vorsitzenden oder dem Schlichter nicht zum Abschluß einer Gesamtvereinbarung, so macht die Schlichtungskammer den Parteien einen Tarifvorschlag. Wird der Schiedsspruch von beiden Tarifparteien angenommen, so hat er die Wirkung einer schriftlichen Gesamtvereinbarung. Wird dagegen der Schiedsspruch nicht von beiden Parteien angenommen, so kann er nach § 6 der Schlichtungsverordnung für verbindlich erklärt werden, wenn „die in ihm getroffene Regelung bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile der Billigkeit entspricht und ihre Durchführung aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich ist."

Die Rechtsnatur des Zwangstarifs ist in Literatur und Rechtsprechung stark umstritten. Im Wesentlichen können vier Gruppen von Theorien unterschieden werden, die ihrerseits wieder in sich gespalten sind, die Vertragstheorien [8]), die Lehren

8) Kaskel, Lehrbuch S. 368 f., Görrig NZfA. 1921 Sp. 575, Kandeler Berufsverbände S. 13, Dersch Komm. A. 6 f. zu § 6, Nipperdey „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag" S. 129.

vom privatrechtsgestaltenden Staatsakt [9]), vom materiellen Gesetzgebungsakt [10]) und endlich die Kombinationstheorie [11]), die eine Zusammenfassung der beiden letztgenannten Auffassungen darstellt. Die Untersuchung der Rechtsnatur des Zwangstarifs ist für das Problem des Realisierungszwangs deshalb so bedeutsam, weil die Annahme, Zwangstarif und freiwilliger Tarifvertrag seien in ihren Rechtsfolgen nicht identisch, jeweils mit umgekehrten Vorzeichen die Grundlage für die Auffassungen der Reichsregierung und Hoenigers gewesen ist. Der ehemalige Reichsminister des Inneren Severing erklärte in seiner Eigenschaft als Schlichter im Ruhreisenstreit 1928, die Nichtrealisierung eines Zwangstarifs bedeute eine Auflehnung der Tarifparteien gegen die Autorität des Staates. Hoeniger bekämpft die Gleichstellung von Zwangstarif und Tarifvertrag mit der Begründung, der Zwangstarif sei im Gegensatz zum freiwilligen Tarifvertrag in der Begründung obligatorischer Pflichten abhängig von seiner freiwilligen Realisierung durch die Tarifparteien [12]).

Unter den Verfechtern der Vertragstheorie geht eine Gruppe davon aus, die Annahme des Schiedsspruchs durch eine der am Schlichtungsverfahren beteiligten Parteien verbunden mit dem Antrage, den Schiedsspruch für verbindlich zu erklären, stelle eine Vertragsofferte an die Gegenseite dar. Die nach §§ 146 f. BGB. erforderliche Vertragsannahme werde anstelle der die Annahme verweigernden Partei von der zuständigen staatlichen Behörde abgegeben. Insoweit entspreche die Stellung des Schlichters bezw. Reichsarbeitsministers zur Schlichtungspartei der Stellung eines Pflegers, der einer widerstrebenden Partei aus Gründen des öffentlichen Wohls mit der Fähigkeit

9) Nipperdey, Lehrbuch II S. 398, Jacobi Grundlehren S. 413 f., 442 f., Berg S. 1 f.

10) Benzinger „Verbindlich erklärte Schiedssprüche vor den ordentlichen Gerichten" 1927, S. 39 f., Neumann NZfA. 1926, Sp. 343 f.

11) Herrfahrdt-Kaskel Hauptfragen S. 152 f., Ortlieb „Das Wesen des Zwangstarifs" S. 96 f.

12) NZfA. 1929 Sp. 373.

rechtsverbindlicher Vertretung gesetzt sei [13]).

Gegenüber dieser vornehmlich von Kaskel vertretenen Lehre konstruiert Dersch [14]) den Zwangstarif als echten Zwangsvertrag. Dersch sieht im Zwangstarif noch erkennbar die Elemente des privatrechtlichen Vertrages, leugnet aber im Gegensatz zu Kaskel das Vorliegen einer gesetzlichen Stellvertretung. Die Verbindlicherklärung sei, so meint Dersch, eine Entscheidung der Arbeitsverwaltungsbehörde, welche die Vertragsannahme im Wege staatlichen Zwanges ersetze. Der zwangsweise geschaffene Vertrag wirke unter den Parteien so, als sei er freiwillig von diesen abgeschlossen worden.

Eine dritte, der Dersch'schen Lehre verwandte, Auffassung [15]) erklärt den Zwangstarif durch das Institut des sogenannten diktierten Vertragsschlusses [16]) [17]). Kommt die unter einem gesetzlichen Kontrahierungszwange stehende Partei ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrages nicht nach, so diktiert der Träger der öffentlichen Gewalt den Vertrag im Wege der Ersetzung der privatrechtlichen Annahmeerklärung. Es muß dann so angesehen werden, als sei die Willenseinigung der Schlichtungsparteien durch freiwillige Vereinbarung zustande gekommen. Auch hier wird das Zustandekommen eines freiwilligen Vertrages „fingiert" [18]).

Ähnlich wie Dersch konstruiert auch die höchstrichterliche Rechtsprechung [19]). „Die Verbindlicherklärung ist ein staatlicher Hoheitsakt, der die Zustimmung des seine Unterwerfung unter den Schiedsspruch verweigernden Teiles ersetzen soll. Finden die §§ 24—27 nach § 28 der VO. vom 12. 2. 1920

---

13) Kaskel „Arbeitsrecht" S. 368 u. ähnlich die auf S. 3 Anm. 8 zitierten Autoren.

14) Dersch Kom. zur Schlichtungsverordnung A. 6 f. zu § 6, NZfA. 1923 S. 285 f.

15) Nipperdey „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag" S. 119 f., 121, 129. — Aufgegeben in „Beiträge zum Tarifrecht" S. 100 ff. A. 50.

16) Der Begriff stammt von Hedemann „Das bürgerliche Recht und die neue Zeit" Jena 1919.

17) Nipperdey a. a. O. S. 129.

18) Ähnlich auch neuerdings Hoeniger NZfA. 1929 Sp. 349 f., dagegen schon Kormann a. a. O. S. 120 f.

19) RGZ. 111, 176 f., 119, 193 f., 123, 174 f.

ohne Einschränkung auf Schiedssprüche in Gesamtstreitigkeiten Anwendung, so muß in beiden Fällen die Wirkung die gleiche sein, d. h. den Abschluß eines Vertrages zur Folge haben. Sind der streitige Schiedsspruch und seine Verbindlicherklärung wirksam, so ist die Rechtslage dieselbe, als hätten die nunmehrigen Zwangstarifvertragsparteien seinen Inhalt im Wege der freien Willenseinigung vereinbart [20]). Den gleichen Standpunkt vertritt das Reichsarbeitsgericht, wenn es beispielsweise in RAG. Bd. 5 S. 263 ausführt, „der für verbindlich erklärte Schiedsspruch stehe einem Tarifvertrage gleich", oder in RAG. Bd. 3 S. 231 davon spricht, „wo bereits eine vertragliche Regelung — in dem zugrundeliegenden Falle durch einen verbindlich erklärten Schiedsspruch — stattgefunden habe, seien die Parteien nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen an die Innehaltung der vertraglichen Bestimmungen gebunden" [21]).

Im schroffen Gegensatz zu den verschiedenen Spielarten der Vertragstheorie stehen die Vertreter der vorwiegend publizistisch eingestellten Theorien, bei denen in irgendeiner Form der Gedanke eines staatlichen Diktates gegenüber allen vertragsähnlichen Konstruktionen überwiegt. So leugnet Nipperdey [22]) nach Aufgabe seiner ehemaligen Auffassung [23]) eine, wenn auch nur fingierte Vertragsnatur des Zwangstarifs. Die Annahmeerklärungen sind nach Nipperdey mit Vertragsofferte und Annahme im Sinne der §§ 146 f. BGB. nicht identisch, sondern stellen vielmehr öffentlich-rechtliche Unterwerfungserklärungen dar, die in ihrer Konstruktion an den Hatschek'schen Verwaltungsakt auf Unterwerfung erinnern [24]). Diese Unterwerfungserklärungen werden durch die Verbindlicherklärung im Wege staatlichen Zwanges ersetzt. Das mittelbare Ergebnis dieses obrigkeitlichen Zwangsaktes sieht Nipperdey in der Schaffung eines Tarifverhältnisses, d. h.

20) RGZ. 111, S. 176 f.
21) RAG. Bensheimer I, 47 f., III, 179, IV, 182, VI, 257 f., VIII, 245.
22) Lehrbuch S. 398.
23) Beiträge S. 100 A. 50.
24) Hatschek-Kurtzig Lehrbuch S. 8.

eines Rechts- und Normenverhältnisses, das in der Regel das Ergebnis einer freien Tarifvereinbarung ist.

Jacobi vertritt die Auffassung, der Begriff „diktierter Vertrag" sei schief. Der Zwangstarif sei nicht Vertrag und Diktat, sondern nur „Diktat, ein Hoheitsakt, der zwar vom Gesetzgeber mit den gleichen rechtlichen Wirkungen wie ein Vertrag ausgestattet werde, selbst aber das Gegenteil eines Vertrages bedeute" [25]). Das Ergebnis dieses Zwangsausgleiches ist, so folgert Jacobi, das Vertragsverhältnis, das Mittel der Rechtsordnung zur Erreichung dieses Zieles der privatrechtsgestaltende Staatsakt.

In Anlehnung an Jacobi kommt Berg zu dem Ergebnis, der Staat erzeuge unmittelbar durch öffentlich rechtlichen Akt „die privatrechtlichen Wirkungen eines Tarifvertrages". Berg leugnet aber im Gegensatz zu Nipperdey und Jacobi die Zwischenschaltung zwangsweise ersetzter Annahmeerklärungen [26]).

Beruhen die Lehren Nipperdeys, Jacobis und Bergs im wesentlichen auf der Konstruktion des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes, so sehen Benzinger, Neumann und Dechant in der Verbindlicherklärung einen materiellen Gesetzgebungsakt, während Herrfahrdt und Ortlieb eine Mittelmeinung vertreten. Benzinger [27]) hält die Verbindlicherklärung für „eine Art verlängerter Gesetzgebung", während Neumann [28]) und Dechant [29]) die Verbindlicherklärung als echte Rechtsverordnung charakterisieren. Nach Herrfahrdt [30]) ist der Zwangstarif in seinem „normativen Teile etwa einer Polizeiverordnung, in seinem obligatorischen Teile einer polizeilichen Verfügung vergleichbar." Ortlieb endlich verficht in Erkenntnis der komplexen Natur des Zwangstarifs die Auffassung, der Zwangstarif sei ein gemischter Staats-

25) Grundlehren S. 413 f., 442 f.
26) Berg „Der Zwangstarif" S. 10 f., 25.
27) a. a. O. S. 23 f.
28) NZfA. 1926, Sp. 343 f.
29) Der Kollektivvertrag S. 175 f.
30) Herrfahrdt bei Kaskel „Hauptfragen" S. 146 f.

akt mit teils rechtssetzender, teils einzelverpflichtender Wirkung und lasse sich daher weder als reiner Verwaltungsakt noch als Rechtsverordnung bezeichnen. Er trage in sich die Elemente beider Rechtserscheinungen [31]). Charakteristisch ist bei Herrfahrdt und Ortlieb, daß beide die Annahme- bezw. Unterwerfungserklärungen als Tatbestandselemente des Zwangstarifs leugnen und die Wirkung des Zwangstarifs direkt — teils in der Schaffung von verbindlichen Rechtsnormen, teils in der Begründung obligatorischer Pflichten sehen.

Sucht man angesichts der Fülle von Theorien nach einer sowohl praktisch wie methodisch befriedigenden Lösung, so ist zunächst eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Lehrmeinungen unumgänglich. Der schwerste Vorwurf, der den Vertragstheorien begegnet, ist der, daß sie ohne Ausnahme dem Vertragsbegriff Gewalt antun. Rechtsystematisch ist ein Vertrag nur auf Grund freiwilliger Vereinbarung möglich und setzt diese begriffsnotwendig voraus. Vertrag und staatliches Diktat sind in ihrer Verknüpfung begrifflich unvereinbar. Die Vertreter der Vertragstheorien können sich auch nicht auf den Wortlaut der Schlichtungsverordnung berufen. „Wird der Schiedsspruch von beiden Parteien angenommen, so hat er die Wirkung einer schriftlichen Gesamtvereinbarung." (§ 5 IV Schl. VO.) Hat aber der von den Schlichtungsparteien angenommene Schiedsspruch nur die Wirkung einer Gesamtvereinbarung, so kann er in genetischer Hinsicht mit einer solchen nicht identisch sein. Diese Feststellung wird in doppelter Hinsicht bestätigt. Einerseits bezeichnet die Schl. VO. im bewußten Gegensatz zu der Terminologie der §§ 146 ff. BGB. beide verpflichtungsbegründenden Erklärungen der Schlichtungsparteien als „Annahmeerklärungen" und andererseits sind diese „Annahmeerklärungen nicht auf einander bezogen, sondern an die Adresse des Schlichtungsorgans gerichtet. (§ 22 der 2. VO. zur Ausf. der SchlVO. vom 29. 12. 1923.) Über diese allgemeinen Bedenken hinaus wendet die Lehre Kaskels Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertretung auf die hoheitliche Tätigkeit eines Trägers öf-

31) Ortlieb a. a. O. S. 86 f.

fentlicher Gewalt an. Eine Anwendung dieser Vorschriften auf die Betätigung eines Trägers öffentlicher Gewalt ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn dieser sich auf den Boden der Privatrechtsordnung bewegt, d. h. wenn er als Gleichberechtigter, als Fiskus, nicht aber, wenn er als persona potentior dem Kontrahenten entgegentritt. Rein privatrechtliche Grundsätze finden daher auf hoheitliche Funktionen der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung. In seinen „Beiträgen zum Tarifrecht" geht Nipperdey von einer Voraussetzung aus, die de lege lata garnicht gegeben ist. Weder die 2. Demobilmachungsverordnung vom 3. Sept. 1919 noch die Schlichtungsverordnung vom 30. Okt. 1923 begründen eine privat- oder öffentlich-rechtliche Kontrahierungspflicht [32]). Die am Schlichtungsverfahren beteiligten Parteien sind bei Anrufung des Schlichtungsausschusses nicht zur Annahme eines staatlichen Schiedsspruches gesetzlich verpflichtet.

Die Staatsaktstheorien unterscheiden sich im wesentlichen durch den tatbestandlichen Aufbau [33]), den sie dem Institut des Zwangstarifs zugrundelegen. Gehört neben der Verbindlicherklärung auch der Schiedsspruch und die (wenn auch staatlich ersetzte) Annahme zum Tatbestand des Zwangstarifs? Erfährt der Zwangstarif seine tarifliche Wirkung erst auf dem Umwege über die Zwischenschaltung eines staatlich-diktierten Tarifverhältnisses, oder erzeugt der Zwangstarif unmittelbar seine normativen oder obligatorischen Wirkungen? Nach Benzinger und Neumann gehört die Annahme bezw. ihre Ersetzung nicht zum Tatbestand des Zwangstarifs. Der verbindlich erklärte Schiedsspruch erzeugt als materieller Gesetzgebungsakt unmittelbar seine tarifliche Wirkung ohne Zwischenschaltung eines behördlich diktierten Tarifverhältnisses. Herrfahrdt und besonders Ortlieb heben im Gegensatz zu dem Vorgenannten die Doppelnatur des Zwangstarifs hervor und charak-

---

32) Eine Ausnahme bilden die Fälle bei der Einstellung von Kriegsteilnehmern auf Grund der VO. vom 12. Febr. 1920 (§§ 3, 25 III) und die Einstellung von Schwerkriegsbeschädigten auf Grund des Schwerkriegsbeschädigtengesetzes vom 12. Januar 1923 (§ 7 Abs. 2).

33) vgl. insbesondere Ortlieb a. a. O. S. 49 f., 56 f.

terisieren diesen im Hinblick auf seine obligatorische Wirkung als Allgemeinverfügung, hinsichtlich seiner normativen Wirkung als Rechtsverordnung. Nach Jacobi und Nipperdey setzt sich der Tatbestand des Zwangstarifs aus drei Elementen zusammen, dem Schiedsspruch, den behördlich ersetzten Annahmeerklärungen und der Verbindlicherklärung. In dieser dreifachen tatbestandlichen Verknüpfung erzeugt der Zwangstarif nicht unmittelbar, sondern erst nach Zwischenschaltung eines Tarifverhältnisses die tariflichen Wirkungen. Scheidet man zunächst die Auffassungen Neumanns und Benzingers aus[34]), die sich nicht durchzusetzen vermocht haben, so ergibt sich für die Gewinnung einer begrifflichen Klärung des Instituts des Zwangstarifs ein doppeltes Problem. Gehört die Annahme bezw. ihre Ersetzung zum Tatbestand des Zwangstarifs? Erzeugt der Zwangstarif unmittelbar oder mittelbar im Wege über die Schaffung eines Tarifverhältnisses jene Wirkungen, von denen im § 6 der SchlVO. die Rede ist? Gegen die Aufnahme der Annahme[35]) in den Tatbestand des Zwnagstarifs hat sich als erster Molitor gewandt. Molitor sieht die einzige Wirkung der Vollstreckung einer Kontrahierungspflicht in der Herbeiführung des Vertragserfolges, während er die Zwischenschaltung eines wenn auch nur fiktiven Vertrages als methodisch überflüssigen Umweg bezeichnet[36]). Die Meinung Molitors verdient uneingeschränkten Beifall[37]). Für sie sprechen zunächst jene Argumente, die im einzelnen bereits zur

34) Die Vertreter der Gesetzgebungstheorie werden der komplexen Natur des Zwangstarifs nicht gerecht, der eben nicht nur aus objektiven Rechtsnormen, sondern außerdem aus rein obligatorischen Bestimmungen sich zusammensetzt, die in der Praxis gerade das Rückgrat des verbindlich erklärten Schiedsspruchs bilden. Ferner spricht gegen die Auffassung der Mangel der Publikation sowie die Tatsache, daß die Tarifparteien es in der Hand haben, durch contrarius actus die Wirkungen des Zwangstarifes wieder aufzuheben. Vgl. hierzu den Hinweis von Ortlieb auf die Konkurrenz der Rechtsquellen a. a. O. S. 74.

35) Ortlieb S. 58 f.

36) Jherings JB. Bd. 73 S. 2 f., S. 31 f.

37) Richtig auch Mannheim „Der Zwangsvertrag als neue Rechtsform". PrVerwBl. Bd. 43 S. 255, Potthoff Justiz Bd. 3 S. 373 f., Bandmann „Das Mietgericht" S. 77 f., KG. IFG. Erg. Bd. 6 S. 39 a. A. Ruth „Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume" S. 129 u. KG. IFG. Erg. Bd. 5 S. 9.

Kritik der Vertragstheorien angeführt worden sind, in Sonderheit also die Natur der Annahmeerklärung als Unterwerfungsakt und nicht als Erklärung rechtsgeschäftlicher Natur. Die Fragwürdigkeit der Nipperdey'schen Lehre zeigt sich aber am klarsten in dem Falle, daß beiden Schlichtungsparteien die Annahme des Schiedsspruchs verweigern. Nach Nipperdey und Jacobi werden beide Unterwerfungserklärungen im Wege obrigkeitlichen Zwanges ersetzt. Dieser rechtliche Vorgang läßt sich nicht durch den Hinweis auf das publizistische Ersatzgeschäft erklären. Sämtliche bisher bekannten Ersatzgeschäfte im Kormann'schen Sinne [38]) haben nur eine rein komplementäre Bedeutung [39]). Sie ersetzen nicht die primäre Willenserklärung, sondern lediglich einen zu dieser hinzutretenden rechtsgeschäftlichen Bestandteil. Die volle rechtsgeschäftliche Erklärung einer vertragsunwilligen Partei wird in keinem Falle durch das staatliche Ersatzgeschäft ersetzt, geschweige denn sämtliche Vertragserklärungen [40]). Eine Ausnahme bilden nur die Fälle, wo entweder eine rechtliche Verpflichtung zur Abgabe einer Vertragsannahmeerklärung, die im Wege des Rechtszwanges nach § 894 ZPO. zu ersetzen wäre, oder ein Kontrahierungszwang etwa im Sinne des § 5 der Ausf. Best. z. Kohlenwirtschaftsgesetz [41]) vorliegt. Keine dieser Voraussetzungen ist hier gegeben. Abgesehen von diesen rechtlichen Möglichkeiten kennt das deutsche Recht nur Zwangszustimmungen und Zwangsermächtigungen, — folgerichtig aber keine Zwangs-

38) Kormann „System der rechtsgeschäftlichen Stattsakte" S. 104, 120 f.

39) So etwa die Ersetzung der Ermächtigung oder Zustimmung des gesetz, lichen Vertreters in den Fällen der §§ 113 III, 1304 II oder die Ersetzung der Zustimmung des Ehemanns zu Rechtsgeschäften der Ehefrau in den Fällen der §§ 1379, 1358 II S. 2 BGB.

40) Richtig Berg a. a. O. S. 14 ff.

41) Der § 5 der Ausf. Best. z. Kohlenw. Ges. legte den Bergwerkbesitzern die Verpflichtung auf, sich zu Syndikaten zusammen zu schließen, und ermächtigte den Reichswirtschaftsminister, gegebenenfalls die fehlenden Zustimmungserklärungen der einzelnen Bergwerksbesitzer im Wege der VO. (gemeint ist wohl Verfügung: vgl. über den Charakter des Zwangbeischlusses Sigloch, Unternehmungen der öffentlichen Hand S. 180. Friedländer, Kartellrundschau 24, 396, Triepel Kart. R. 22, 379, Geiler, Gruchots Beiträge 68, 616, Nipperdey, Gruchots Beiträge 68, 433 f., KG. Kart. R. 26, 526) zu ersetzen.

verträge. Gegen die Ausschaltung der Annahme aus dem Tatbestand des Zwangstarifs spricht auch nicht die „Legaldefinition", die angeblich im § 6 der SchlVO. enthalten sein soll. Die im Wege obrigkeitlichen Zwanges ersetzte Annahme des Schiedsspruchs hat nach §§ 5, 6 SchlVO. die Wirkung einer freiwilligen Tarifvereinbarung. Die gesetzliche Fiktion bezieht sich, wie gerade der Wortlaut des § 5 IV. eindeutig zu erkennen gibt, lediglich auf die Wirkung, die der Gesetzgeber dem von den Schlichtungsparteien angenommenen Schiedsspruch, bezw. dem durch behördlichen Zwang entstandenen Zwangstarif beilegt, nicht aber auf die Entstehung des Zwangstarifs. Die Verbindlicherklärung ersetzt im Sinne des § 6 der SchlVO. die Annahme des Schiedsspruchs — nur in bezug auf ihre Wirkung. Der verbindlich erklärte Schiedsspruch erzeugt den Zwangstarif unmittelbar — und nicht auf dem Umwege über die Ersetzung der beiderseitigen Unterwerfungserklärungen. Das Gesetz knüpft also an das Diktat des Schlichters bezw. Reichsarbeitsministers mittels einer gesetzlichen Fiktion die Wirkung einer freiwilligen Gesamtvereinbarung[42]). Damit kommen wir zugleich zur Beantwortung jener zweiten Frage, worin die Wirkung der Verbindlicherklärung denn eigentlich besteht. Gerade die Fiktion des § 6 SchlVO. gibt hier einen eindeutigen Fingerzeig, der von Ortlieb und Herrfahrdt übersehen ist. Ersetzt die Verbindlicherklärung die Annahme des Schiedsspruchs in bezug auf ihre Wirkung und diktiert der zuständige Träger der öffentlichen Gewalt jene Wirkung unmittelbar, so ergibt sich daraus klar und deutlich, daß als Wirkung jener Rechtserfolg vom Gesetzgeber gemeint sein muß, der sonst das Ergebnis eines freiwilligen Tarifvertragsabschlusses ist — nämlich das Tarifverhältnis. Die gesetzliche Fiktion bedeutet dabei nichts anderes als die bewußte Gleichstellung zweier unstreitig ungleicher Tatbestände zu dem Zweck, an den einen Tatbestand Wirkungen des zweiten vom Gesetz nur fingierten Tatbestandes zu knüpfen. Die Fiktion

42) vgl. hierzu insbesondere Mallachow „Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre", Enneccrus-Nipperdey Allgemeiner Teil S. 78 A. 7 und die dort zitierte Literatur, sowie Heck Begriffsbildung u. Interessenjurisprudenz S. 107, 109.

setzt also trotz grundsätzlicher Gleichstellung der Wirkungen die Ungleichheit der zugrunde liegenden Tatbestände begrifflich voraus. Der Zwangstarif hat eben nicht die freiwillige Einigung der Tarifparteien, sondern das staatliche Diktat zur grundlegenden Voraussetzung. Diese Konstruktion vermeidet den methodischen Umweg der Nipperdey'schen Lehre, ohne der Gefahr zum Opfer zu fallen, ein einheitliches Institut wie den Zwangstarif auf zwei völlig inkongruente Rechtsquellen zurückzuführen, wie das bei Herrfahrdt und Ortlieb geschehen ist. Die Verbindlicherklärung als solche trägt den Charakter eines pritvatrechtsgestaltenden Staatsaktes [43]) mit der diesem eigentümlichen Besonderheit, daß trotz staatlichen Diktates kein Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Schlichtungsparteien entsteht. Das durch öffentlich-rechtlichen Staatsakt geschaffene Tarifverhältnis bleibt ein Vertragsverhältnis zwischen Rechtssubjekten des Privatrechts, in welches der Staat selbst sich nicht einschaltet.

Die Parteien eines Zwangstarifes sind nicht dem Staat, sondern lediglich ihrem Vertragspartner zur Einhaltung des

---

43) Der privatrechtsgestaltende Staatsakt hat in der verwaltungsrechtlichen Wissenschaft der Vorkriegszeit, insbesondere weder bei Otto Mayer („Deutsches Verwaltungsrecht II S. 26, 517) noch bei Kormann (System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte S. 104 f.) eine seiner Bedeutung entsprechende Würdigung gefunden. Zwar erkennen Fleiner (Institutionen 3. A. S. 291) u. Hatschek (Einleitung in das öffentliche Recht S. 108 f.) die Existenz von publizistischen Rechtsgeschäften mit unmittelbarer zivilrechtlichen Wirkung an, halten aber desungeachtet im wesentlichen die stark publizistische Otto Mayersche Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes aufrecht, die eine systematische Eingliederung der neuen Rechtsfigur in das System der Staatsakte nicht zuläßt. Erst die Aufgabe des Otto Mayerschen Begriffs des Staatsaktes durch Walter Jellinek (Verwaltungsrecht S 239 f.) hat für die Verwaltungsrechtswissenschaft die Bahn freigemacht zu einer tieferen Erkenntnis jener Rechtsfigur, die in der Aera des staatlichen Interventionismus der Nachkriegszeit in der Wirtschaft eine so bedeutsame Rolle gespielt hat. Die tiefere Erfassung des privatrechtgestaltenden Staatsaktes verdankt das deutsche Recht der jungen arbeitsrechtlichen Wissenschaft, die unter Führung von Hedemann „Das bürgerliche Recht u. die neue Zeit" Jena 1919 und Nipperdey „Kontrahierungszwang- und diktierter Vertrag" 1920 für die Klärung dieses Begriffes bahnbrechend gewesen sind. Besondere Beachtung verdienen in diesem Zusammenhang noch die Monographien von Bürckner „Der privatrechtsgestaltende Staatsakt" 1930 u. Heinemann „Das Ersatzgeschäft" Gruchots Beiträge 69. Jhrg. S. 319 f., 550 f.

Zwangstarifs verpflichtet. Halten sie sich nicht an die im Wege der Verbindlicherklärung begründeten Pflichten, so liegt darin keine Auflehnung gegen den Staat[44]). Der privatrechtsgestaltende Staatsakt der Verbindlicherklärung erschöpft sich also in der Schaffung eines inhaltlich-normierten Tarifverhältnisses zwischen Privatrechtssubjekten. Würde die Verbindlicherklärung ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Tarifparteien begründen, so wäre damit unvereinbar, daß die Tarifverbände nachträglich durch contrarius actus die Bestimmungen des Zwangstarifs abändern könnten.

§ 2.

Zwangstarif und Friedenspflicht.

Unterscheiden sich Zwangstarif und freiwilliger Tarifvertrag nur in rechtsgenetischer Hinsicht, so muß sich die Verbindlicherklärung sowohl auf die normativen als auf die schuldrechtlichen Bestimmungen des Tarifes erstrecken[45]) [46]).

Eine Beschränkung der Verbindlicherklärung auf die normativen Bestimmungen läßt sich weder aus der geschicht-

---

44) Ähnlich Nörpel, Arbeitsrecht, Jahrg. 1928, S. 466. Berg ebendort, Jahrg. 1930, S. 75 f.

45) Anderer Ansicht Kaskel, Gutachten zum Mitteldeutschen Braunkohlenstreik vom 14. 11. 1923 (unveröffentlicht, vgl. Hess, Wiedereinstellungsklausel, S. 56 f.). Wie hier Hueck-Nipperdey II, S. 401, Dersch Komm. S. 272, Jacobi JW. 1929, S. 1278, Sitzler NZFA. 1927, S. 657, Flatow-Joachim Kom. S. 20, 49, Klotz a. a. O. S. 145.

46) Die Zweiteilung des Tarifvertrags in einen normativen und einen obligatorischen Teil ist nicht unbestritten. Sie wird zwar von der herrschenden Lehre heute noch anerkannt (Hueck-Nipperdey II S. 117). Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung bedient sich dieser Terminologie. Am stärksten wird diese Teilung des Tarifs in einen normativen und obligatorischen Teil von Jacobi bekämpft. Jacobi sieht in dem Tarifvertrag einen sog. kollektiven Schuldvertrag des bürgerl. Rechts (Grundlehren S. 227), der die Eigenheit hat, „daß sich hier Verbände innerhalb ihrer satzungsmäßigen oder gesetzlichen Zuständigkeit über allgemeine Vertragsbedingungen bei schuldrechtlichen Einzelverträgen ihrer Mitglieder mit Rechtswirksamkeit für die Mitglieder einigen". Aber auch nach Jacobi hat der Tarifvertrag, obwohl er als eine vertragliche Einheit anzusehen ist, wenn nicht zwei Teile, so doch wenigstens zwei Arten von Bestimmungen. Außer der von Jacobi sog. Regelungsvereinbarung enthält der Vertrag gegenseitige Verpflichtungen der vertragschließenden Verbände mit Rechtswirkung für sie selbst (S. 277

lichen Entwicklung des Instituts der Verbindlicherklärung[47]), noch aus Zweck und Wortlaut der Tarifvertrags- und Schlichtungsverordnung nachweisen. Die Verbindlicherklärung wurde geschaffen durch die 1. Verordnung über „die Einstellung, Entlassung und Entlohnung gewerblicher Arbeiter während der Zeit wirtschaftlicher Demobilmachung" vom 4. Januar 1919. (RGBl. S. 8.) Unterwarfen sich bei Streitigkeiten über Löhne und sonstige Arbeitsverhältnisse die Parteien nicht dem vom Demobilmachungskommissar gefällten Schiedsspruch, so konnte dieser nach § 14 a. a. O. den Schiedsspruch für verbindlich erklären. Die Verbindlicherklärung umfaßte nach § 20 der VO. v. 23. Dezember 1918 nicht nur Einzelstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, sondern auch Gesamtstreitigkeiten, bei denen sich Arbeitgeber und Belegschaft, Arbeitgeberverband und Gewerkschaften als Parteien gegenüberstanden[48]). Die Befugnis des Demobilmachungs-Kommissars erstreckte sich ausnahmslos auf den gesamten Inhalt des im Schiedsspruch enthaltenen Tarifvorschlages, mochte er normativer oder obligatorischer Natur sein. Die gesetzgeberische Entwicklung der Verbindlicherklärung von Schiedssprüchen bei Gesamtstreitigkeiten führte sodann über die 2. Einstellungsverordnung vom 24. Janar 1919 (RGBl. S. 100) (§ 17), der die

---

a. a. O.). Der Versuch Jacobis, die von der herrschenden Meinung anerkannte eigenartige Normbildung, wie sie sich kraft gesetzlicher Autonomie der Tarifverbände im Tarifvertrag vollzieht, durch eine gesetzliche Fiktion zu erklären, der zufolge es gemäß § 1 so anzusehen sei, als wenn die über die Arbeitsbedingungen von den Verbänden getroffenen Bestimmungen von den Einzelarbeitsvertragsparteien vereinbart seien, scheitert an dem Wortlaut des § 1 Abs. 1, der keine derartige Fiktion enthält. Vgl. insbes. Kreller, Arch. f. Ziv. Pr. Nfa. S. 111 ff., S 116. Andererseits ist der Hinweis Krellers auf die Einheitlichkeit des Tarifvertrages durchaus begründet. Der Tarifvertrag ist eine Einheit, ein einziger Vertrag. Die Teile sind nicht selbständig, sondern integrierende Bestandteile des einen unteilbaren Tarifvertrages. Die Aufrechterhaltung der Terminologie der Zweiteilungslehre ist also nur mit der Einschränkung möglich, wie sie insbesondere Kreller a. a. O. dargelegt hat.

47) Kaskel a. a. O. S. 353 ff., Hueck-Nipperdey II S. 371 ff. und Jacobi S. 146 ff.

48) Bescheid des Reichsarbeitsministers vom 24. Januar 1919 (Gewerbe- und Kaufm. Ger. 25 Nr. 1 Spalte 9a); desgl. Bescheid vom 17. 11. 19 und 5. 12. 19 (Gewerbe- und Kaufm. Ger. 26 S. 140 ff.).

beiden ersten Verordnungen ersetzenden Verordnung vom 30. September 1919 (RGBl. S. 300) (§ 26) zu einem vorläufigen Abschluß in der Verordnung vom 12. Februar 1920 (RGBl. S. 218). Von den die Verbindlicherklärung von Schiedssprüchen betreffenden Bestimmungen decken sich die §§ 14 und 17 der Verordnungen vom 14. und 24. Januar 1919, sowie die §§ 26 und 28 der Verordnungen vom 30. September 1919 (RGBl. S. 500) und 12. Februar 1920 — dem Wortlaut nach. Wäre eine Beschränkung der Verbindlicherklärung auf Einzelstreitigkeiten beabsichtigt gewesen, so hätte der Reicharbeitsminister, der als Gesetzgeber in seinen Bescheiden vom 22. und 30. September 1920 den § 26 im Sinne seiner Erstreckung auf Gesamtstreitigkeiten authentisch interpretiert hatte, diese Bestimmung nicht unverändert in die VO. vom 12. Februar 1920 übernehmen dürfen. Der in den ersten Nachkriegsjahren in Lehre und Praxis entstandene Streit über die Zulässigkeit der Aufnahme obligatorischer Bestimmungen in den Schiedsspruch und damit die Möglichkeit einer zwangsweisen Statuierung obligatorischer Pflichten hat mit der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ. 105, 111, 166 ff., 331 und mehreren Bescheiden des Reichsarbeitsminister vom 22. und 30. September 1920 [49]) zu einem Abschluß geführt. Aus dem Grundgedanken der Schlichtung als einer auf den Abschluß von Gesamtvereinbarungen gerichteten staatlichen Tätigkeit haben das Reichsgericht und der Reichsarbeitsminister an Hand der Entstehungsgeschichte der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen die ständige Praxis der Arbeitsverwaltungsbehörden, Schiedssprüche mit obligatorischem Inhalt für verbindlich zu erklären, bestätigt [50]). Dieser Rechtszustand wurde weder durch die Neufassung der Tarifvertragsverordnung noch den Erlaß der Schlichtungsverordnung vom 30. Oktober 1923 geändert. Insbesondere handelt § 1 der TVVO. nur von dem Teil eines Tarifvertrages, der dem neueingeführten Grundsatz der Unabdingbarkeit unterliegen sollte, ohne die Aufnahme schuldrechtlicher Bestimmungen in den Tarifvertrag zu ver-

49) Reichsarbeitsbl. I N. F. a 7 S. 94, 144; ebenso Nipperdey, Beiträge, S. 89 ff.; Sitzler, Schlichtung, S. 83 f.

50) Nipperdey, Beiträge 89 ff.; Sitzler, Schlichtung S. 83 ff.

bieten. Der Begriff der Gesamtstreitigkeiten, wie ihn § 28 der Verordnung vom 12. Febr. 1920 formuliert hatte, war unverändert geblieben. Die Aufnahme obligatorischer Bestimmungen in den Schiedsspruch ist nach Inkrafttreten der SchlVO. ebenso zulässig wie zur Zeit der Geltung der Demobilmachungsverordnung [51]). Zu dem gleichen Ergebnis führt eine Untersuchung des gesetzgeberischen Zweckes der Verbindlicherklärung [52]). Soll die Schlichtung, und im Falle, daß eine der am Schlichtungswesen beteiligten Parteien die Annahme des Schiedsspruches verweigert, die Verbindlicherklärung von Schiedssprüchen zur Schaffung von Gesamtvereinbarungen führen, und haben diese den unbestrittenen Zweck, dem Wirtschaftsfrieden zu dienen und Arbeitskämpfe zu beenden, so ist nicht einzusehen, warum sich der Zwangstarif, dessen Aufgabe es gerade ist, die gefährlichsten Störungen des Wirtschaftsfriedens im Interesse des Gemeinwohls zu beseitigen, auf die Statuierung normativer Bestimmungen beschränken soll. Tarifverträge mit lediglich normativen Bestimmungen bilden in der Praxis eine Ausnahme. Tarifverträge ohne obligatorische Bestimmungen, insbesondere ohne Friedensverpflichtung, sind erfahrungsgemäß garnicht imstande, einen Wirtschaftskampf zu beenden. Um ihrer gesetzlichen Funktion, der Wahrung und Sicherung des Wirtschaftsfrieden genügen zu können, müssen die staatlichen Organe des Schlichtungswesens berechtigt sein, alle nach Lage des einzelnen Falles zur Beilegung von Wirtschaftskämpfen für erforderlich erachteten Bestimmungen normativer oder obligatorischer Art in ihren Tarifvorschlag aufzunehmen. Andernfalls wäre das Institut der Verbindlicherklärung in Zeiten wirtschaftlicher Krisen „in den Händen des Staates eine stumpfe, zur Erfüllung ihres Zweckes untaugliche Waffe“ [53]). Hätte die Gesetzgebung mit dem Erlaß der Schlichtungsverordnung eine abweichende Regelung der Verbindlicherklärung beabsichtigt, so hätte sie angesichts der konstanten Praxis der ersten Nachkriegsjahre ausdrücklich die Beschränkung der Verbindlicherklärung auf die normativen Bestimmungen festsetzen müssen.

51) Dersch, NZfA. 1923 S. 364.

52) RGZ. 111, 174.

53) RGZ. 111, 174.

Das ist aber nicht geschehen. Dem Zwangstarif kommen ebenso wie dem freiwilligen Tarifvertrag sowohl normative als auch obligatorische Wirkungen zu. Da aber der Tarifvertrag unabhängig von seiner Entstehung ein kollektives Friedensabkommen darstellt, und die Friedenspflicht jedem Tarifvertrag auch ohne ausdrückliche Bestimmung notwendig immanent ist, so enthält jeder Zwangstarif im Hoenigerschen Sinne ein Friedensdiktat[54]). Demgegenüber hat neuerdings Hoeniger den Standpunkt vertreten, der Zwangstarif erzeuge im Gegensatz zum freiwilligen Tarifvertrag unmittelbar weder eine Friedens- noch eine Durchführungspflicht[55]). Beide Pflichten seien beim Tarifvertrag in ihrer Entstehung abhängig von der freiwilligen Realisierung des Tarifs durch die Tarifparteien. Erst der von den Tarifparteien freiwillig realisierte Zwangstarif habe neben der normativen auch die obligatorische Wirkung des Tarifvertrages[56]). Die Lehre Hoenigers[57]) kann an dieser Stelle einer Untersuchung nur insoweit unterzogen werden, als dieser unter Hinweis auf die nur fiktive Gleichstellung der beiderseitigen Rechtswirkungen für den Zwangstarif das Bestehen einer Friedens- und Durchführungspflicht leugnet. Hoeniger hat insoweit Recht, als er erklärt, die im § 5 SchlVO. enthaltene gesetzliche Fiktion müsse mit den Mitteln rechtswissenschaftlicher Gesetzesinterpretation daraufhin untersucht werden, wie weit eine Übertragung der Wirkungen des freiwilligen Tarifvertrags auf den ganz anders gearteten Zwangstarif möglich sei. Hoeniger übersieht aber bei Inter-

54) So auch RArb. Ger. Bensheimer Bd. X S. 252 und RG. JW. 1927 S. 2363 u. dgl. Jacobi a. a. O. S. 413 ff.; Kaskel Lehrbuch S. 369; Nipperdey „Beiträge" S. 92 ff., Hueck-Nipperdey II S. 401, Herrfahrdt a. a. O. S. 151, Berg S. 34 ff., Boehmer NZfA. 1929 Sp. 524 ff., 725 ff., Flatow, Arbeitsrechtspraxis 1929 S. 128, Ortlieb S. 40 ff.

55) Hoeniger, NZfA. 1929 Sp. 271 ff., 339 ff., 535 ff.

56) Das Reichsgericht vertritt den Standpunkt, daß bei grundsätzlicher Gleichstellung des freiw. TV. und des ZT. die Friedenspflicht einen zur Wirksamkeit gelangten normativen Teil voraussetzt. RGZ. 118, 196. Da diese Frage das Problem der rechtlichen Gleichstellung von ZT. und freiw. T. nicht berührt, bedarf die Frage in diesem Zusammenhang keiner Erörterung.

57) NZfA. 1929, 349 ff.

pretation der Wirkungen der beiden Tarifformen, daß beide Rechtsinstitute im Hinblick auf die Stabilisierung des Tarifriedens wirtschaftlich und sozialpolitisch den gleichen Zweck, die Verhinderung und Beendigung von Arbeitskämpfen, verfolgen. In der rechtlichen Konstruktion ist also Hoeniger durchaus Recht zu geben. Kann aber bei völliger Identität des rechtspolitischen Zweckes die Wahrung des Wirtschaftsfriedens durch Statuierung normativer Bestimmungen allein nicht bewerkstelligt werden, so vermag bei Prüfung der gesetzlichen Fiktion keine Interpretation des § 6 der Schlichtungsverordnung zu einer anderen, Zwangs- und freiwilligen Tarifvertrag, in dieser Frage verschieden behandelnden Auslegung führen.

II. KAPITEL.

Zwangstarif und Wiedereinstellungsklausel.

§ 1.

Die Wiedereinstellungsklausel als obligatorische Bestimmung.

Sind Zwangstarif und freiwilliger Tarifvertrag in ihrer rechtlichen Wirkung identisch und ist dem Zwangstarif ein Friedensdiktat notwendig immanent, so fragt es sich, ob der Zwangstarif darüber hinaus eine Verpflichtung der Tarifparteien zum Neuabschluß der im Arbeitskampf gelösten Einzelarbeitsverträge begründet. Einigkeit besteht im großen und ganzen darüber, daß der Zwangstarif eine Wiedereinstellungsverpflichtung dann begründet, wenn die Schlichtungskammer in den Schiedsspruch eine Wiedereinstellungsklausel aufgenommen hat. Die Aufnahme einer Wiedereinstellungsklausel in den Tarifvorschlag ist auf zweifache Weise möglich, entweder als obligatorische oder als normative Bestimmung. Welche Rechtsnatur im einzelnen Falle die Wiedereinstellungsklausel besitzt, richtet sich nach dem Willen der Parteien und der Fassung der Klausel [1]). Bestimmt die Klausel, daß die

1) ebenso Hueck-Nipperdey II S. 80. Erdel macht die Zugehörigkeit der WEK. zum normativen und obligatorischen Teil lediglich von ihrem Wortlaut abhängig. (JW. 1925 S. 1845, 1926 S. 575, ebenso Lutz Richter, Zf. Ge-

Kündigungen gelöster Arbeitsverhältnisse als nicht erfolgt, Arbeitsverhältnisse als nicht unterbrochen oder Kündigungen als zurückgenommen gelten sollen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien bezw. beim Zwangstarif die Schlichtungsstelle eine normative Wiedereinstellungsklausel statuieren wollten. Es kann sich aber auch hier aus dem übrigen Inhalt des Tarifvertrages ein anderer Wille der Tarifparteien oder der Schlichtungsstelle ergeben, der im Wege der Interpretation des Vertragswillens zu erforschen ist. Hat aber die Wiedereinstellungsklausel den Wortlaut: die entlassenen Arbeitnehmer sind wieder einzustellen oder die Arbeit wird wieder aufgenommen, und deutet die Fassung der Klausel darauf hin, daß sie an die Adresse der Tarifverbände selbst gerichtet ist, so ergibt sich daraus, — aber auch hier nur im Zweifel — daß eine obligatorische Bestimmung gemeint ist. Entscheidend ist stets der im Tarifvertrag in Erscheinung getretene Wille der Parteien bezw. der Schlichtungsstelle. Die Statuierung einer normativen Wiedereinstellungsklausel bedeutet aber keineswegs, daß die Tarifverbände aller vertraglichen Pflichten hinsichtlich der Wiedereinstellung der Arbeitnehmer und der Wiederaufnahme der Arbeit los und ledig wären. Der Unterschied ist nur der, daß eine obligatorische Wiedereinstellungsklausel sich in der Begründung einer primären Verpflichtung der Tarifparteien, auf ihre Mitglieder im Sinne der Wiederaufnahme der Arbeit einzuwirken, erschöpft. Bei der normativen Wiedereinstellungsklausel liegt das Schwergewicht der Klausel in den einzelnen Arbeitsverträgen, während die Tarifparteien als solche lediglich in der sog. Durchführungspflicht über die Einhaltung des normativen Teiles zu wachen haben.

---

sellschaftsw. 1924 S. 280 ff. Nach Kahn-Freund S. 101 162, Schiedsstelle Halle Schlw. 1924 S. 16. Priebe Schlw. 1924 185 ff. ist der Wortlaut ohne Bedeutung; die WEK. hat daher stets normative Bedeutung. Im Gegensatz zu diesen erkennt die herrschende Meinung eine WEK. lediglich in obligatorischer Form an, so Jacobi, Grundlehren S. 198 ff.; Oertmann ABR 1925 S. 88; Jolly JW. 1925 S. 2463; Wassermann ABR. 1926 517; Kaskel S. 309 A. 3; Hueck TR. S. 14, 23; Lange Schlichtungswesen 1925 S. 11; Warncke NZfA. 26 S. 509 RGR. Z. 111, 166; im übrigen vgl. Kahn-Freund S. 82 A. 126.

Die Tarifparteien bezw. die Schlichtungskammer können sich bei Abschluß eines Arbeitskampfes im Hinblick auf die Begründung einer Wiedereinstellungsklausel folgender tatsächlicher Lage gegenüber sehen: Entweder haben die Arbeitgeber die Arbeitnehmer ohne formelle Kündigung ausgesperrt[2]) und die Arbeitnehmer haben ihrerseits nicht auf die Aussperrung in Form einer Massenkündigung geantwortet oder die Arbeitnehmer haben ihre Arbeit ohne vorherige Kündigung niedergelegt und die Arbeitgeber die Einleitung des Arbeitskampfes nicht mit Massenkündigungen der Arbeitnehmer erwidert: 2. die Arbeitnehmer sind in Streik getreten und haben die Arbeitsniederlegung mit einer Massenkündigung verbunden oder die Arbeitgeber haben unter Einhaltung der Kündigungsfrist die Arbeitnehmer ausgesperrt, 3. die gegnerische Partei im Arbeitskampf hat die kündigungslose Aussperrung oder Niederlegung der Arbeit mit Massenkündigung beantwortet. Im ersten Falle bestehen die tatsächlich gelösten Einzelarbeitsverträge rechtlich fort. Sie ruhen gewissermaßen während der Dauer des Arbeitskampfes. Sind zum Zwecke der Einleitung eines Arbeitskampfes oder im Verlauf eines solchen keine Kündigungen erfolgt und bestehen die Einzelarbeitsverträge nach Liquidierung des Arbeitskampfes fort, so erschöpft sich die Bedeutung der Wiedereinstellungsklausel in einem Maßregelungsverbot. Die Tarifverbände haben die tarifliche Pflicht, auf ihre Mitglieder in dem Sinne einzuwirken, daß bei der Wiedereinstellung der Arbeitnehmer keine Ausnahmen gemacht und die Arbeitsstreitigkeiten nicht zum Anlaß einer Kündigung nach Beendigung des Arbeitskampfes genommen werden. Sind dagegen im Verlauf des Arbeitskampfes die Einzelarbeitsverträge auch rechtlich gelöst, so hat die Wiedereinstellungsklausel den sozialpolitischen Zweck, den Neuabschluß der gelösten Arbeitsverhältnisse herbeizuführen. Als positive obligatorische Abschlußnorm, die als solche nicht geeignet ist, in die Einzelarbeitsverträge überzugehen und diese inhaltlich zu ge-

---

2) a. O. Kaskel S. 380, der die kündigungslose Aussperrung für unmöglich hält, ebenso RAG. B. IV, 66; dagegen Hueck-Nipperdey Bd. 2 S. 574; Kahn-Freund S. 80 A. 122; Herschel AR. 1924 S. 177; Groh Koalitionsrecht S. 216.

stalten, bildet die Wiedereinstellungsklausel nicht einen dauernden Bestandteil des Tarifvertrages. Sie erschöpft sich in einer einmaligen Verpflichtung der Tarifparteien, die nach ihrer Erfüllung gegenstandslos wird [3]). Sind die Einzelarbeitsverträge gelöst, so begründet die obligatorische Wiedereinstellungsklausel auf Seiten des Arbeitgeberverbandes die positive Vertragspflicht, auf seine Mitglieder nach Abschluß des Arbeitskampfes im Sinne der Wiedereröffnung der Betriebe und einer Erneuerung der gelösten Einzelarbeitsverhältnisse einzuwirken, auf Seiten der Gewerkschaft, ihre Mitglieder zur Wiederaufnahme der Arbeit anzuhalten. Die positive Seite der Wiedereinstellungsklausel hat also ebenso wie die Friedens- und Durchführungspflicht den Charakter einer sog. Einwirkungsverpflichtung. Der Verband hat seiner vertraglichen Pflicht genügt, wenn er mit allen ihm satzungsgemäß zu Gebote stehenden Mitteln auf seine Mitglieder im Sinne einer Erneuerung der im Arbeitskampf erloschenen Einzelarbeitsverträge einwirkt. Negativ legt die Wiedereinstellungsklausel dem Tarifverband die dem Verband primär obliegende Selbstpflicht auf, alles zu unterlassen, was der Wiedereröffnung der Betriebe hinderlich sein könnte. Ob die Aufforderung des Verbandes, die erloschenen Einzelarbeitsverträge nicht zu erneuern, dem Willen des Verbandes entspringt, auf diesem Wege die gegnerische Tarifpartei zu zwingen, in den Neuabschluß eines für die kämpfende Partei günstigeren Tarifes einzuwilligen, oder ob das Verhalten des Tarifverbandes lediglich als Resignation aufzufassen ist, derzufolge der Verband gegenüber den ihm untragbar erscheinenden Zwangstarif durch Nichterneuerung der Einzelarbeitsverträge kapituliert, ist bei der Verletzung der Wiedereinstellungsklausel rechtlich ohne Belang [4]). Eine Ver-

3) Kandeler bei Kaskel I S. 100; Heß S. 7.

4) Die obligatorische WEK. hat häufig im TV. einen Wortlaut, der auf eine Garantieübernahme der Verbände schließen lassen könnte. „Die Arbeiter werden wieder eingestellt," „Die Arbeit wird wieder aufgenommen." Diese Fassung der Klausel ist dahin auszulegen, daß beim Verbandstarif den TP. lediglich eine Einwirkungs- und nicht eine Garantiepflicht obliegt. Eine weitergehende Verpflichtung würde weder dem Willen noch der Leistungsfähigkeit der Tarifverbände entsprechen. Das gleiche muß auch für Zwangstarif gelten. Ein die TP. über ihre Lei-

letzung der Wiedereinstellungsklausel durch die Tarifparteien stellt den Tatbestand eines Tarifbruches dar. Die Wiedereinstellungsklausel ist dann verletzt, wenn der Tarifverband gegen seine Unterlassungspflicht verstoßen hat oder seiner Einwirkungsverpflichtung nicht nachgekommen ist. Berechtigt aus der Wiedereinstellungsklausel sind primär nur die Tarifverbände, da sie als Vertragsparteien Träger aller obligatorischen Rechte und Pflichten sind, und nur der Verletzte in der Regel Rechte aus einer Vertragsverletzung geltend machen kann [5]). Die Vereinbarung der Wiedereinstellungsklausel erfolgt aber nicht allein im Interesse der Verbände, sondern sogar vorwiegend im Interesse der ausgesperrten Arbeitnehmer oder des bestreikten Arbeitgebers [6]). Billigt man den einzelnen Verbandsmitgliedern keine Rechte aus der Wiedereinstellungsklausel zu, so bleibt ihnen als einzige rechtliche Möglichkeit, sich rechtsschutzsuchend an ihren Verband zu wenden. Der verletzte Verband würde dann im Klagewege gegen die gegnerische Tarifpartei vorgehen und bei dem zuständigen Arbeitsgericht mit dem Antrage Klage erheben, den beklagten Verband zu verurteilen, auf Neuabschluß der erloschenen Arbeitsverträge mit allen ihm satzungsgemäß zu Gebote stehenden Mitteln hinzuwirken. Da aber jeder schuldrechtliche Vertrag zugleich auch als Vertrag zugunsten Dritter möglich ist, so kann man für den Fall, daß, wie hier, das einzelne Verbandsmitglied ein berechtigtes Interesse an der gesonderten Geltendmachung des Anspruchs auf Erneuerung des erloschenen Arbeitsvertrages hat, das Vorliegen eines Vertrages zugunsten Dritter annehmen. Das einzelne Verbandsmitglied hat auf Grund der obligatorischen Wiedereinstellungsklausel einen Anspruch gegen den gegnerischen Verband, der sich inhaltlich

---

stungsfähigkeit hinaus belastender Zwangstarif würde die TP. geradezu auf den Weg der tariflichen Illegalität drängen und damit das Gegenteil von dem Zweck erreichen, den ihm die Schlichtungsverordnung gesetzt hat.

5) Kaskel, Tarifbruch Sp. 477 ff.

6) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II S. 288 ff.; insbesondere Kaskel 478 ff. RGZ. 111, 166 RAG. 6 Nr. 34 8 S. 227 IX 65 ff. a. A.; früher Nipperdey, Beiträge S. 152 AR. 1924 S. 568; zurückhaltend Jacobi S. 244 a 46.

mit dem Anspruch der Tarifpartei deckt [7]). Ist auf der Aktivseite der Obligation die Geltendmachung gewisser tariflicher Rechte den einzelnen Verbandsmitgliedern gestattet, so ist und bleibt bei Streitigkeiten über die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer oder die Wiederaufnahme der Arbeit auf Grund einer Wiedereinstellungsklausel immer nur der Tarifverband als Tarifpartei passiv legitimiert. Der einzelne Arbeitnehmer kann auf Grund der Wiedereinstellungsklausel niemals gegen seinen Arbeitgeber, der Arbeitgeber nie gegen seinen Arbeitnehmer auf Neuabschluß des erloschenen Arbeitsverhältnisses klagen. Aus dem Tarifvertrag verpflichtet ist immer nur der Verband, niemals das Verbandsmitglied. Das gilt auch für den Vertrag zugunsten Dritter [8]). Die Wiedereinstellungsklausel im Sinne einer Einwirkungsverpflichtung zur Wiedereinstellung der Arbeiter steigert sich beim sog. Werks- oder Firmentarif auf seiten des Arbeitgebers zu einer vollklagbaren Erfüllungspflicht [9]). Steht der Gewerkschaft ein einzelner Arbeitgeber, oder stehen ihr einzelne, nicht korporierte Arbeitgeber gegenüber, so sind diese auf Grund der Wiedereinstellungsklausel positiv zur Wiedereinstellung der Arbeitnehmer und zur Erneuerung der aus Anlaß des Arbeitskampfes zur Auflösung gelangten Einzelarbeitsverträge verpflichtet. Verletzt der Betriebsinhaber beim Werkstarif diese Wiedereinstellungspflicht, so kann, da die Wiedereinstellungsklausel als Vertrag zugunsten Dritter anzusehen ist, der einzelne Arbeitnehmer

---

7) Ein Tarifbruch liegt nur dann vor, wenn beim Verbandtarif der Tarifverband seine tariflichen Pflichten nicht erfüllt. Ein tarifwidriges Verhalten der Mitglieder erfüllt nur dann den Tatbestand eines Tarifbruches, wenn der Tarifverband seiner Einwirkungspflicht nicht nachkommt. Über die Rechtslage bei tarifwidrigem Verhalten der Mitglieder und Tariftreue des Verbandes vgl. Bringmann S. 79, Kaskel, Tarifbruch 411. Beschließt die Mitgliederversammlung eines Tarifverbandes ein tarifwidriges Verhalten, bleibt aber der Vorstand als ausführendes Organ tariftreu, so liegt wegen der bedeutsamen Stellung der Mitgliederversammlung der Tatbestand eines Tarifbruches vor. Bringmann S. 41; anderer Meinung Grubert Haftung aus Tarifbruch, Kaskel II V. 136 ff., S. 141.

8) Kaskel 1 S. 480, Heß S. 45.

9) a. a. RAG. Bensheimer VI Nr. 125; wie hier Hueck-Nipperdey Lehrbuch II S. 141, Boehmer NZfA. 1929 S. 736, sowie RAG. IX 65 und Anmerkung von Nipperdey ebendort.

direkt gegen seinen Arbeitgeber auf Wiedereinstellung und Neuabschluß des erloschenen Arbeitsvertrages klagen. Der Anspruch auf Wiedereinstellung ist kein Lohnanspruch, da ein Arbeitsverhältnis bisher noch nicht besteht. Kommt der Werksinhaber seiner Wiedereinstellungspflicht nicht nach, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Der Schadensersatzanspruch geht auf das positive Interesse, das als solches sich mit der vereinbarten Lohnvergütung deckt.

§ 2.

Die Wiedereinstellungsklausel als Normativbestimmung.

Haben die Tarifparteien die Wiedereinstellungsklausel als Arbeitsbedingung d. h. als normative Bestimmung, die als solche bestimmt und geeignet ist, in die Einzelarbeitsverträge überzugehen, vereinbart, so ergibt sich folgende Rechtslage: Sind die Arbeitsverhältnisse aus Anlaß des Arbeitskampfes gekündigt, die Einzelarbeitsverhältnisse mangels Ablaufs der Kündigungsfrist aber noch nicht erloschen, so trifft die von den Tarifparteien vereinbarte normative Bestimmung noch bestehende Arbeitsverhältnisse an, die sie inhaltlich gestalten kann. Die Wiedereinstellungsklausel vernichtet in diesem Falle die bisher erfolgten Kündigungen. Die Kündigungen gelten als nicht erfolgt. Der Arbeitnehmer hat gegen seinen Arbeitgeber, der Arbeitgeber gegen seinen Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch auf Zahlung des tariflichen Lohns, bezw. auf Wiederaufnahme der Arbeit. Einen Lohnanspruch für die Zeit des Arbeitskampfes hat der Arbeitnehmer verloren, da die ihm aus dem Arbeitsvertrag obliegende Leistung für die Zeit des Arbeitskampfes infolge eines Umstandes unmöglich geworden ist, den weder der Arbeitnehmer, noch der Arbeitgeber zu vertreten hat[10]). Sind die Einzelarbeitsverträge im Verlaufe des Arbeits-

10) Die Konstruktion der Wiedereinstellungsklausel durch das RArbGer. ist eine andere, als die hier vertretene. Das RArbGericht sieht die Wirkung der normativen Wiedereinstellungsklausel in der Erzeugung einzelner arbeitsvertraglicher Ansprüche auf Rücknahme der Kündigung. Diese Konstruktion erscheint nicht unbedenklich, insofern, als im Wege einer normativen Regelung subjektive Rechte erzeugt werden, und die Abstraktheit der Rechtsregelung damit verloren geht.

kampfes erloschen und findet die normative Wiedereinstellungsklausel keine noch bestehenden, wenn auch gekündigten Arbeitsverhältnisse vor, so stößt die normative Wiedereinstellungsklausel nach der heute noch herrschenden Meinung ins Leere und ist in eine obligatorische Klausel umzudeuten. Dieses Ergebnis ist überaus formalistisch, und dürfte den praktischen Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens kaum gerecht werden.

In der Erkenntnis der begrenzten Möglichkeiten einer normativ ausgestalteten Wiedereinstellungsklausel und der erheblichen praktischen Bedenken, die einer rein obligatorischen Fassung der Klausel entgegenstehen, haben sich Wissenschaft und Praxis bemüht, aus der Wiedereinstellungsklausel unmittelbar Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Mitgliedern der Tarifverbände abzuleiten. Obwohl nicht die Wiedereinstellung auf Grund der Wiedereinstellungsklausel, sondern das Problem einer jedem Tarifvertrag notwendig immanenten Realisierungspflicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, kann auf eine Darstellung der rechtlichen Natur und Bedeutung der Wiedereinstellungsklausel nicht verzichtet werden, da gerade die Rechtslage bei Bestehen einer Wiedereinstellungsklausel das Maß sein soll, an dem die Rechtslage bei Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel zu messen sein wird.

Die gesamten Konstruktionsversuche gehen von der Erwägung aus, die rein obligatorische Natur der Wiedereinstellungsklausel werde ihrer großen sozialpolitischen Bedeutung nicht gerecht, da sie dem einzelnen Arbeitnehmer einen unmittelbaren Anspruch gegen seinen Arbeitgeber und umgekehrt dem Arbeitgeber gegen seinen Arbeitnehmer versage. Unter diesen Lösungsversuchen unterscheidet Kahn-Freund [11]) zwei große Gruppen: die Lehren von der zivilrechtlichen Individualwirkung und die von der normativen Rückwirkung der Wiedereinstellungsklausel.

11) a. a. O. S. 83.

§ 3.

Die Lehre von der zivilrechtlichen Individualwirkung der Wiedereinstellungsklausel.

Die Verfechter der ersten Gruppe von Theorien versuchen eine schuldrechtliche Wirkung für und gegen die einzelnen Verbandsmitglieder aus den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts herzuleiten. Nach der schon als überwunden [12]) angesehenen Vertretungstheorie [13]) vertreten der Arbeitgeberverband bei Übernahme der Wiedereinstellungsverpflichtung, die Gewerkschaft bei Übernahme der Verpflichtung zur Wiederaufnahme der Arbeit die einzelnen Mitglieder und verpflichten diese unmittelbar. Die Anhänger dieser Lehre sehen in der Wiedereinstellungsklausel entweder einen Arbeits- oder einen Arbeitsvorvertrag [14]), den die einzelnen Mitglieder durch Vermittlung ihrer Verbände abschließen. Diese von der Schiedsstelle Halle (Prof. Dr. Joerges) verfochtene Theorie scheitert an der Unmöglichkeit, das Bestehen einer von den Mitgliedern den Tarifverbänden erteilten Vollmacht zum Abschluß in ihrem Namen festzustellen. Die Annahme einer von den Mitgliedern stillschweigend bei Eintritt in den Verband erteilten Generalbevollmächtigung widerspricht dem tatsächlichen Willen der Verbandsmitglieder. Überdies steht die Atomisierung der Kollektiverklärung der Verbände im Widerspruch zu dem Grundgedanken des modernen Arbeitsrechts, der kollektiven Regelung der Einzelarbeitsverhältnisse durch autonome Verbände [15]). Der zweite Versuch beruht auf der Annahme eines Vertrages zu Lasten Dritter [16]). Danach ist die Wiedereinstellungsklausel ein obligatorischer Vertrag, den die Tarifverbände zugunsten und zu Lasten ihrer Mitglieder abschließen. Der Tarifvertrag

12) Hueck-Nipperdey II S. 83 a 116.

13) Schiedsstelle Halle, Schl. W. 1924 S. 10.

14) Lotmar I S. 760.

15) Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Rechtsprechung Bd. 1 75 ff.

16) Schiedsstelle a. a. O. S. 10. Ähnlich GG. Leipzig a. O.

zu Lasten Dritter wird damit begründet, daß an die Stelle des individualistischen bürgerlichen Rechts das kollektivistische Arbeitsrecht getreten sei. Der gesetzliche Zweck des kollektivistischen Tarifvertrages bestehe darin, die rechtliche Gleichheit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Sinne des Artikels 165 RV. in eine tatsächliche Gleichheit umzuwandeln und auf dieser Grundlage den Wirtschaftsfrieden zu sichern. Sei aber dies der Zweck des Tarifvertrages, so müsse dieser auch „die zur Verwirklichung dieses Zweckes notwendigen Gestaltungsmöglichkeiten besitzen, d. h. also vor allem die Möglichkeit einer unmittelbaren Belastung Dritter[17]). Daneben stützt die Schiedsstelle den Tarifvertrag zu Lasten Dritter auf die vom dritten Senat des Reichsgerichts in seiner Entscheidung in RGZ. 80, 399 entwickelte Lehre von der Verpflichtungsermächtigung, der sich auch der zweite Senat in seiner Entscheidung in JW. 1924 S. 809 angeschlossen zu haben scheint. Angewandt auf den Tarifvertrag hätte die Lehre von der Verpflichtungsermächtigung die praktische Bedeutung, daß der von den Tarifverbänden im eigenen Namen abgeschlossene Tarifvertrag unmittelbare Verpflichtungen der Verbandsmitglieder begründen würde, wenn mit deren Zustimmung der Tarifvertrag von den Tarifverbänden zwar im eigenen Namen aber doch mit Wirkung gegen die Verbandsmitglieder abgeschlossen werden könnte. Die Verpflichtungsermächtigung liegt nach Auffassung der Schiedsstelle in dem Eintritt der Mitglieder in den Tarifverband, zumindest aber in der Anerkennung seiner Tarifberechtigung[18]). Damit würden die Verbandsmitglieder auf Grund dieses von den Tarifverbänden abgeschlossenen Vertrages zu ihren Lasten Schuldner der gegnerischen Tarifpartei bezw. von deren Mitgliedern, da der obligatorische Teil des Tarifvertrages als Vertrag zugunsten Dritter anzusehen sei. Beide Konstruktionen sind unhaltbar. Das Reichsgericht hat in RGZ. 111, 186 den Vertrag zu Lasten Dritter als dem geltenden Recht unbekannt abgelehnt. Die wenn auch unbewußte Heranziehung des aus dem amerikanischen Verfassungsrecht

17) Schiedsstelle a. a. O.

18) Schiedsstelle a. a. O.

entnommenen Prinzips der inquired powers [19]) ist unstatthaft. Zwar hat auch das deutsche Recht diesen Gedanken im § 89 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts anerkannt. Bei seiner Anwendung auf diesen Fall wird jedoch übersehen, daß dieses Prinzip nur dort Anwendung findet, wo der Staatsgewalt eine bestimmte Aufgabe gestellt ist, ohne daß das Gesetz ausdrücklich die Mittel angibt, die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlich sind. Was für die Reichs- und Kommunalaufsicht und die Notmaßregeln auf Grund von Artikel 48 RV. und Artikel 55 PRVU. richtig sein mag, trifft hier nicht zu. Auch die Heranziehung der Lehre von der Verpflichtungsermächtigung hat sich nicht durchzusetzen vermocht. Gegen die Annahme einer stillschweigenden Verpflichtungsermächtigung bestehen dieselben Bedenken wie gegenüber der Vertretungstheorie [20]). Auch dieser Lösungsversuch scheitert an dem Fehlen eines Ermächtigungsaktes, durch den allein die Wirksamkeit des die Verbandsmitglieder unmittelbar verpflichtenden Tarifvertrags begründet werden könnte. Abgesehen davon ist die Konstruktion des Reichsgerichts selbst nicht bedenkenfrei. Die Verpflichtungsermächtigung hätte rechtlich die Bedeutung, daß der Ermächtigte Vertragspartei wäre und aus dem Vertrage Rechte erwürbe, der Ermächtigende dagegen, ohne Vertragspartei zu sein, aus dem Vertrage verpflichtet würde. Die Verpflichtungsermächtigung wäre daher als ein Rechtsinstitut zu kennzeichnen, das rechtsdogmatisch auf der Mitte zwischen direkter und indirekter Stellvertretung stehen würde. Der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ. 80, 395 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Eigentümerin eines Grundstückes X. erteilt der R. neben der Befugnis zu freier Verwaltung des Grundstücks die Ermächtigung, das Grundstück durch Vor-

19) Kraus, Herbert, Verhandlungen zum 34. D. Jur. Tag. Gegenwärtiger Stand und künftige Ausgestaltung des Auslieferungsrechtes, S. 330 ff. W. W. Willougby, Constitutional Law of the United States. 3. Aufl. (Fall Cullogh v. Maryland — Entsch. des Supreme Court of the United States 1820 in den Slg. von Hall und Evans.)

20) Vgl. Nipperdey, Arbeitsrecht 1924 S. 571 ff.; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch Bd. 2 S. 83 A. 116; Kahn-Freund S. 86 ff.

nahme eines Rechtsgeschäfts im eigenen Namen mit Wirkung gegen sie zu vermieten. Die Frage, ob der im eigenen Namen von R. geschlossene Mietvertrag für die Eigentümerin des Grundstücks ohne weiteres wirksam war, hat das Reichsgericht in der genannten Entscheidung unter Berufung auf die Bestimmungen der §§ 182 ff. BGB. bejaht. Nach der Auffassung des Reichsgerichts hat der von R. mit Z. abgeschlossene Vertrag die gleiche rechtliche Wirkung, als wäre er von Y. im Namen der Eigentümerin X. abgeschlossen worden [21]).

Im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat Ludewig (S. 2) die Ermächtigung als die Erteilung der Macht gekennzeichnet, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken. Das gesetzliche Fundament dieser Rechtsmacht sieht Ludewig in der allgemeinen, auf den Bestimmungen der §§ 182 ff. beruhenden Anerkennung des Grundsatzes der Überlassung der Rechtsausübung, wie er insbesondere in § 1049 Abs. 2 BGB. und § 887 Abs. 3 ZPO. zum Ausdruck gekommen sei [22]). Demgegenüber ist festzustellen, daß die §§ 182 ff. über die Frage, ob ein von Y. in eigenem Namen mit Z. abgeschlossener Vertrag durch den Y. berechtigt werden soll, von der Zustimmung der X. abhängt, nichts besagen. Die §§ 182, 183 regeln die Erteilung und den Widerruf einer Zustimmung, ohne die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Zustimmung notwendig ist, zu berühren [23]). § 184 behandelt die Rückwirkung der Genehmigung. Nipperdey hat gegenüber der Deduktion des Reichsgerichts darauf hingewiesen, daß nach § 185 lediglich Verfügungen, nicht aber — wie der Tarifvertrag — Verpflichtungsgeschäfte eines Nichtberechtigten, die

21) RG. a. a. O., Die Wirksamkeit des Mietvertrages hing von der Zustimmung der Eigentümerin ab, und diese hatte die Zustimmung der „Y" sowohl vor als nach Abschluß des Vertrages erklärt. Dadurch hat der Mietvertrag gegen die Eigentümerin materiell dieselbe Rechtswirksamkeit erlangt, wie wenn er von der Eigentümerin selbst, z. B. mit der R. als vertretungsberechtigten Vertreterin auf den Namen der Eigentümerin abgeschlossen wäre ... Die Zustimmung bewirkt, daß die Eigentümerin auch dem Dritten gegenüber diesen von ihr gewollten Vertragsinhalt gelten lassen muß.

22) Ludewig „Allgemeine Rechtsgrundsätze der Ermächtigung nach bürgerlichem Recht" 1922 S. 3 ff., S. 29 ff.

23) Nipperdey, AR. 1924 Spalte 553 ff.

mit Einwilligung des Berechtigten getroffen werden, für und gegen die Berechtigten wirksam sind. Die vorherige Zustimmung zu Geschäften, die ein anderer im eigenen Namen schließt, bindet nicht den Ermächtigenden gegenüber Dritten. „Daher folgt auch daraus, daß die Arbeitgeber die Wiedereinstellungspflicht erfüllen, sie also gewissermaßen nachträglich billigen, für die Verpflichtung gegenüber den noch nicht Wiedereingestellten garnichts [24]) [25]). Die Frage, wer aus einem Vertrage berechtigt oder verpflichtet ist, entscheidet sich allein formal nach der Form des Vertragsabschlusses. Abgesehen von den Vorschriften der § 328 f. BGB. wird derjenige aus einem Vertrage berechtigt, in dessen Namen der Vertrag abgeschlossen ist (§ 164 ff. BGB.). Die Frage der Verpflichtungsermächtigung hat nach geltendem Recht nur Bedeutung für das Innenverhältnis, nicht aber, wie das Reichsgericht annimmt, für das Außenverhältnis.

Die dritte Variante ist die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Verletzung der Wiedereinstellungsklausel. Diese Lehre vertritt unter Verneinung der normativen Wirkung der Wiedereinstellungsklausel den Standpunkt, dem Arbeitgeber, der sich auf eine im Verlauf eines Arbeitskampfes ausgesprochene Kündigung berufe, könne der Einwand der Arglist entgegen gehalten werden. „Da gerade die heutige Wirtschaft auf Zusammenschluß der einzelnen Betriebe und auf dem Zusammenarbeiten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber beruht, verstößt der Arbeitgeber gegen das Billigkeits- und Anstandsgefühl aller rechtlich Denkenden, gegen das Allgemeinwohl, wenn er den Arbeitsfrieden dadurch stört, daß er sich seinen aus der Mitglied-

---

24) Für die Richtigkeit der Entscheidung des Reichsgerichts Enneccerus I 1 § 175 und Ludewig S. 2, 29, 72 ff. unter Hinweis auf 1059 Abs. 2 BGB. und 857 Abs. 3 ZPO., ablehnend Siber-Planck, Kommentar S. 417 ff., Nipperdey, Arbeitsrecht 1924, S. 571 ff., Siber, Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht, S. 10 ff., Enneccerus-Nipperdey § 191 Anm. 1a S. 626, H. Lehmann, S. 294, Raape, J. JB. Pr. 71, 97 ff. hat den Nachweis geführt, daß die Entscheidung des Reichsgerichts sich auf eine Gebrauchs- und Besitzüberlassung, also eine Verfügung nach § 185, nicht auf ein obligatorisches Rechtsgeschäft bezog. Vgl. insbes. Reichsgericht 124, 32.

25) Nipperdey, S. 571, a. a. O.

schaft bei einem Arbeitgeberverband fließenden Pflichten entzieht." Diese Theorie [26]) scheitert an der einfachen Überlegung, daß die heutige im Kern noch individualistische Wirtschaft, in welche der kollektivistische Mechanismus des Tarif- und Schlichtungswesens eingebaut ist, nicht nach Gesetzen der Ethik, sondern nach Grundsätzen der Rentabilität beherrscht wird. Nach dem Willen der Vertreter der individualistischen Wirtschaftsauffassung ergibt sich aus dem Kampfe der wirtschaftlichen Gewalten gegeneinander „die praestabilierte Harmonie der Wirtschaftsordnung". So lange das Funktionsprinzip der wirtschaftlichen Freiheit noch grundsätzlich Anerkennung findet, kann mit dem Argument der Sittenwidrigkeit dem Arbeitskampf der Wirtschaftsverbände nicht beigekommen werden [27]). Sämtliche Versuche, auf zivilrechtlichem Wege eine unmittelbare schuldrechtliche Wirkung der Wiedereinstellungsklausel auf die beiderseitigen Verbandsmitglieder zu erzielen, sind daher fehlgeschlagen.

§ 4.

Die Lehren von der normativen Rückwirkung der Wiedereinstellungsklausel.

Von den Versuchen, die unmittelbare Wirkung der Wiedereinstellungsklausel auf normative Weise herbeizuführen, verdient zunächst die Konstruktion des Landgerichts Dortmund Erwähnung, das in Anlehnung an eine Entscheidung des Gewerbegerichts Leipzig vom 11. 4. 1924 [28]) in seiner Entscheidung vom 26. 2. 1926 [29]) versucht hat, für den Fall der Verletzung der Wiedereinstellungsklausel aus dem Gedanken einer sozialen

26) Denecke Schlichtungsw. 1923 S. 206, Landgericht Berlin 1 JW. 1924 S. 1056, Koch JW. 1922 S. 1773, und neuerdings Hoeniger NZfA. 1929 Spalte 550 f., treten zwar nicht für die Einrede der Arglist, jedoch für einen Schadensersatzanspruch bei Nichtwiedereinstellung nach § 826 BGB.

27) Hueck-Nipperdey II S. 93 A. 116, Kahn-Freund S. 83, Jacobi S. 199, Boehmer NZfA. 1929 Spalte 72 ff., RAG. V S. 190 VI, 515. L. A. A. Görlitz III Nr. 63, Heß S. 30, Zunft S. 35.

28) Schlichtungswesen 1924 S. 102 ff.

29) Schlichtungswesen 1925 S. 89 ff. = NZfA. 1926 Spalte 18.

Arbeits- und Betriebsgemeinschaft einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber herzuleiten (Theorie der generell normativen Natur des Tarifvertrages). Das Landgericht Dortmund geht in seiner Urteilsbegründung davon aus, eine unmittelbare Wirkung der Wiedereinstellungsklausel auf die Einzelarbeitsverträge sei weder auf der Grundlage des bürgerlichen Rechts, noch mit Hilfe des Prinzips der Unabdingbarkeit konstruierbar. Bei der Wiedereinstellungsklausel handele es sich vielmehr um Folgerungen aus einem Kollektivvertrag, der Rechtsbeziehungen von Personen regele, die nicht so sehr durch einzelne Arbeitsverträge, als vor allem als Glieder eines organischen Ganzen, eines einzelnen Betriebes wie eines ganzen Betriebszweiges zu einer Gemeinschaft verbunden seien. Man dürfe daher bei Lösung dieser Frage nicht die rein individualistisch gehaltenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts heranziehen, sondern müsse unter Zugrundelegung der neuen Rechtsentwicklung zum Ausgangspunkt der Untersuchung den Gedanken der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft machen. Diese Gemeinschaft verdanke ihre rechtliche Existenz allein der wirtschaftlichen Tatsache „räumlich und zweckverbundener Arbeit", verbunden mit der Einsicht, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer desselben Betriebes im Wirtschaftsleben aufeinander angewiesen seien. Aus der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft als solcher ergäben sich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer Rechte und Pflichten, die mit den Rechten und Pflichten aus dem Einzelarbeitsvertrag nicht identisch seien. Diese aus der Gemeinschaft entspringende Verpflichtung gehe dahin, daß jeder Einzelne sein Verhalten gegen Mitangehörige der Betriebsgemeinschaft so einzurichten habe, wie es der Zweck der Gemeinschaft erfordere. „Denn zur praktischen Durchführung der Idee der Arbeitsgemeinschaft gehört geradezu die Verantwortung für die Folgen des Verhaltens; sie erfordert, daß nicht bloß die Verbände, sondern auch jedes einzelne Glied, insbesondere auch der Arbeitgeber, sein Verhalten dieser Gemeinschaft entsprechend einrichtet und die Folgen daraus trägt. Die Arbeitsgemeinschaft würde ein totes Gebilde, nur eine Idee bleiben, wenn nicht sämtliche Beteiligten für die

Folgen von Verstößen gegen den Gemeinschaftsgeist aufzukommen hätten". Die Rechtsgrundlage dieser sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft sieht das Landgericht Dortmund in dem Institut der Werksbeurlaubung, für die Berufsgemeinschaft in dem Kündigungsschutz der §§ 84 ff. BRG. [30]). Auf der Grundlage des Gedankens der sozialen Arbeits- und Berufsgemeinschaft leitet das Landgericht Dortmund aus der Wiedereinstellungsklausel einen unmittelbaren Anspruch [31]) des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Beschäftigung her, dem der Arbeitgeber nur entgegen halten könne, die Befolgung der Wiedereinstellungsklausel sei aus betrieblichen Gründen im Einzelfall nicht möglich. Die Entscheidung des Landgerichts Dortmund entbehrt bei aller Anerkennung der hohen sozialpolitischen Verantwortlichkeit, von der sie ohne Zweifel getragen wird, de lege lata jeder rechtlichen Grundlage [32]). Ob der Gedanke einer sozialen Arbeits- und Berufsgemeinschaft, die namentlich das Reichsgericht in seiner vielbeachteten Entscheidung in RGZ. 106, 272 vertreten hat, bereits in das deutsche Recht Eingang gefunden hat, mag dahingestellt bleiben. Die Herleitung einer unmittelbaren Rechtswirkung muß, wie Nipperdey überzeugend dargetan hat, an der Tatsache scheitern, daß mit dem Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Betriebe die Betriebszugehörigkeit erloschen ist". Gehört der einzelne Arbeitnehmer aber

---

30) Die Bestimmung des § 84 BRG. gewährt dem Arbeitnehmer eine Entschädigung für ein Verhalten des Arbeitgebers, das zwar nach Maßgabe der Einzelarbeitsverträge nicht aber sozial gerechtfertigt ist. Bei der Arbeitsaussetzung oder Werksbeurlaubung (Potthoff Arbeitsrecht 1925 S. 111, Warncke Arbeitsrecht 1924 S. 853, Fuchs Beilage zur Berliner Börsenzeitung 3. 9. 24 JW. 1923 1854 ff.) bleibt trotz Lösung des Arbeitsverhältnisses das soziale Band zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufrecht erhalten. Ein weiteres Argument wäre das Wiederaufleben des Betriebratsamtes nach Abschluß eines Arbeitskampfes. RAG. IV Nr. 36.

31) Nach der Entscheidung des Landgerichts Dortmund ist es gleichgültig ob die Wiedereinstellungsklausel auf freier Vereinbarung oder auf einem Zwangstarif beruht. Der Gedanke der Gemeinschaft erfordere, „daß ihre Glieder sich der hohen Einsicht des Staates fügen, denn schließlich ist die Staatsbürgerpflicht auch nur ein Ausfluß der allgemeinen Volksgemeinschaft".

32) D-Fl.-H. Nipp. Rechtssprechung 1 S. 77 ff., Jacobi 199 A 58, Noerpel Die Arbeit 25 S. 379.

33) Nipperdey, Rechtssprechung I S. 74, 77 ff.

nicht mehr der Betriebsgemeinschaft an, so kann er aus ihr auch keinerlei Rechte herleiten. Im übrigen geht das Landgericht Dortmund von Voraussetzungen aus, welche bisher nur de lege ferenda von Bedeutung sind. Nach Ansicht des Landgerichts beruht die normative Wirkung des Tarifvertrags nicht auf den Bestimmungen des Arbeitsrechts, insbesondere der TVVO. und des BRG. Der Tarifvertrag ist nach dieser Entscheidung vielmehr das geschriebene statutarische Recht eines im öffentlichen Recht wurzelnden, mit Autonomie ausgestatteten Zwangsverbandes, dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar unterworfen sind. Der Tarifvertrag als Statut dieses Verbandes wirkt damit an sich schon unmittelbar normativ. Die Argumentation des Landgerichts Dortmund geht fehl. Da der Tarifvertrag vor der Revolution ein rein obligatorischer Vertrag gewesen ist[34]), hätte das Landgericht Dortmund zur Begründung seiner These den Nachweis führen müssen, das nachrevolutionäre Recht habe die Struktur des Tarifvertrages so grundlegend geändert, daß man in ihm die staatliche Anerkennung des Tarifvertrags als Satzung eines Zwangsverbandes sehen könnte. Diesen Nachweis aber hat es nicht erbracht. Insbesondere hat das Abkommen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vom 15. November 1918 nicht die auf beruflicher Grundlage aufgebaute autonome Arbeitsgemeinschaft geschaffen. Der auf Grund dieses Abkommens (Ziffer 10) ins Leben gerufene Zentralausschuß hatte allein die Aufgabe, nach den Sturmtagen der Revolution die zur Wiederaufrichtung der Wirtschaft erforderliche Waffenruhe zwischen Kapital und Arbeit zu vermitteln. Gleich unbegründet ist der Hinweis des Landgerichts auf § 1 TVVO. Das durch § 1 a. a. O. in das Tarifrecht eingeführte Prinzip der Unabdingbarkeit begründet keine generelle Normnatur des Tarifvertrages, da sein persönlicher Geltungs-

34) Bodmann Arbeitsrecht 1926 S. 380. Kahn-Freund S. 90 hat darauf hingewiesen, daß das Landgericht Dortmund die Überflüssigkeit des Tarifvertrags und der Wiedereinstellungsklausel zu beweisen scheine, denn wenn die Gesamtheit der Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich bereits aus der wirtschaflichen Tatsache der Betriebs- bezw. Berufszugehörigkeit ergäbe, so bedürfe es darüber hinaus keines Vertrages insbesondere nicht der Wiedereinstellungsklausel.

bereich auf die Organisationszugehörigen beschränkt ist. Endlich kann weder in den Bestimmungen des BRG. [35]), noch in Artikel 165 RV., die sich mit der Grundlegung einer Betriebsverfassung, nicht aber mit dem Aufbau eines Berufsverbandes befassen, eine Anerkennung des Tarifvertrages als Statut eines im öffentlichen Recht wurzelnden Zwangsverbandes durch den Staat erblickt werden [36]). Die Theorie der generellen normativen Natur des Tarifvertrags findet daher im geltenden Recht keine Stütze.

Der bedeutsamste Versuch, die Wiedereinstellungsklausel als normative Klausel zu deuten, geht von der sog. Rückwirkungslehre aus. Diese konstruiert die Wiedereinstellungsklausel nicht, wie die herrschende Lehre als Abschluß-, sondern als inhaltsgestaltende Norm und sieht ihre Wirkung in der Wiederherstellung der alten bereits erloschenen Arbeitsverträge. Die Rückwirkungslehre ist zum ersten Male von der nach dem Schiedsspruch des Reichsarbeitsministers vom 31. 10. 1923 für den mitteldeutschen Braunkohlenbergbau eingesetzten Schiedsstelle in ihrer Entscheidung vom 8. 11. 1923 vertreten worden [37]). Die Schiedsstelle geht von der Voraussetzung aus, § 1 TVVO. gebe den Tarifparteien das Recht, der normativen Tarifsatzung rückwirkende Kraft beizulegen und so auch den Inhalt solcher Einzelarbeitsverträge zu regeln, die zur Zeit des Inkrafttretens des Tarifvertrages bereits erloschen waren. Die beiden wichtigsten Elemente der Rückwirkungslehre haben in Praxis und Literatur bereits Anerkennung gefunden [38]). Das Reichsgericht

35) Über das Verhältnis der Betriebsorgane zum Tarifvertrag vgl. Kahn-Freund S. 93 Anm. 148.

36) Raape 1918, 874.

37) Schlichtungswesen 1924 S. 8 ff.

38) Die rechtliche Möglichkeit einer rückwirkenden obligatorischen Regelung bereits erloschener Arbeitsverhältnisse ergibt sich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Es fragt sich allein, ob eine derartige Regelung auch an der Normativwirkung des § 1 TVVO. teilhaben kann. Diese Frage wird mit dem Hinweis auf § 1338 BGB. bejaht, wo die nachträgliche Rückwirkung auf ein bereits erloschenes Rechtsverhältnis im Sinne seiner rechtlichen Vernichtung anerkannt sei. Stehe aber, so meint die h. L., die nachträgliche Einwirkung auf gelöste Rechtsverhältnisse nicht im Widerspruch zu den Grundgedanken des bürgerlichen Rechts, so sei nicht einzusehen, warum dieses Prinzip nicht auf die Unabdingbarkeit des § 1 TVVO. Anwendung finden könne.

hat erstmals die Möglichkeit der Rückwirkung tariflicher Normen in seiner Entscheidung vom 11. 12. 1923 NZfA. 1924 S. 496 (Gew. u. Kfm. Ger. 29, S. 116 — Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey S. 41 ff.) anerkannt. Bei dieser Entscheidung handelte es sich um die Frage, ob die Tarifparteien eine nachträgliche Erhöhung von Teuerungszuschlägen zum tariflichen Lohn auch jenen Angestellten auf normativem Wege rückwirkend zuerkennen könnten, die im Zeitpunkt der Rückwirkung noch in einem tarifunterworfenen Arbeitsverhältnis gestanden hatten, zur Zeit der Festsetzung der Lohnerhöhung aber bereits aus dem Dienstverhältnis ausgeschieden waren. Dieser Entscheidung haben sich das Reichsarbeitsgericht — und zwar erstmalig in RAG. IV Nr. 94 unter Hinweis auf Kaskel S. 65, Nipperdey Beiträge S. 160 und das Kammergericht in JW. 1924 S. 1048 grundsätzlich angeschlossen [39]). Das Reichsarbeitsgericht hebt in seinen Urteilsgründen ausdrücklich hervor, die Revision meine zu Unrecht, daß es sich bei der Entscheidung des Reichsgerichts um einen ganz anderen Tatbestand aus der Inflationszeit handele, der auf den hier zu entscheidenden Fall nicht zutreffe. Das Reichsarbeitsgericht weist damit den Einwand Jacobis [40]) zurück, die Anerkennung der rückwirkenden Unabdingbarkeit beruhe bei den Lohnerhöhungen in der Inflationszeit lediglich auf dem Bestreben, die unerhörten Konsequenzen des Satzes Mark gleich Mark zu mildern, ohne generell die Rückwirkung tariflicher Normen anzuerkennen. Erkennt die höchstrichterliche Rechtsprechung die theoretische Möglichkeit der Rückwirkung tariflicher Normen an, so bedarf es, wie das Reichsarbeitsgericht ausdrücklich hervorhebt, im Einzelfall doch jedenfalls des Nachweises, daß eine derartige Rückwirkung von den Tarifparteien gewollt war, und daß dieser Wille im Tarifvertrag in ausreichender Klarheit zum Ausdruck gekommen ist. Eine Vermutung für die rückwirkende Kraft einer Normativbestimmung besteht nicht. Die für die nachträgliche Regelung der Lohn- und Gehaltsbedingungen anerkannte Rückwirkungs-

39) Vgl. Kahn-Freund S. 96 ff. mit Literaturang. A 152, 154 und Hueck-Nipperdey II S. 84 A. 117.

40) Jacobi S. 235 f.

lehre konnte solange auf die Wiedereinstellungsklausel keine Anwendung finden, als diese nach der herrschenden Meinung darauf gerichtet war, neue Arbeitsverhältnisse zur Entstehung zu bringen. Als positive Abschlußnorm war die Wiedereinstellungsklausel nicht geeignet, innerhalb eines Arbeitsvertrages zu wirken. Es war daher eine entscheidende Etappe auf dem Wege der Anerkennung der Rückwirkungslehre [41]), in ihrer Anwendung auf die Wiedereinstellungsklausel, als das Reichsarbeitsgericht in seinen Entscheidungen Bensheimer V Nr. 28 und Nr. 52 die Wiedereinstellungsklausel als inhaltsgestaltende Norm anerkannte. In dem der Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts in Bensheimer V Nr. 52 zugrunde liegenden Falle waren zwar die einzelnen Arbeitsverhältnisse gekündigt, die Kündigungsfristen aber noch nicht abgelaufen. Die von den Parteien vereinbarte Wiedereinstellungsklausel traf daher noch ungelöste Arbeitsverhältnisse an, die sie inhaltlich gestalten konnte. Damit bestand die Wirkung der Wiedereinstellungsklausel nicht in der Neubegründung erloschener, sondern in der inhaltlichen Änderung noch bestehender Arbeitsverhältnisse dergestalt, daß die noch nicht zur Wirksamkeit gelangten Kündigungserklärungen nachträglich aufgehoben wurden. Trotzdem das Reichsarbeitsgericht sowohl die Rückwirkung tariflicher Normen als auch die normative Gestaltung der Wiedereinstellungsklausel anerkennnt, hat es der normativen Wiedereinstellungsklausel dann eine Rückwirkung versagt, wenn die zu gestaltenden Einzelarbeitsverträge im Verlaufe des Arbeitskampfes erloschen

---

41) „Daß nun die Bestimmung, eine Kündigung solle als zurückgenommen angesehen und ein noch bestehender Arbeitsvertrag als fortbestehend betrachtet werden, rechtlich Bestandteil eines Einzelarbeitsverhältnisses sein kann, hat das LandesArbGer. mit Recht angenommen, und dementsprechend der vorliegenden Bestimmung des Schiedsspruchs normativen Charakter für den Fall beigelegt, daß es sich um noch fortbestehende Arbeitsverträge, nicht um solche handelt, die bereits erloschen waren." Nur wenn die Friedensklausel vor Ablauf der Kündigungsklausel in Kraft tritt, hat sie bei entsprechender Gestaltung des Tarifvertrages normative Wirkung (RAG. V Nr. 52). Anders freilich, wenn die Friedensklausel vor Kündigung des Arbeitsverhältnisses und bevor die Kündigungsfrist verstrichen ist, in Kraft tritt. In solchem Falle steht ihrem Eingang in die noch ungekündigten oder noch nicht abgelaufenen Arbeitsverträge kein rechtliches Hindernis entgegen.

waren. Die Rückwirkung kann, wie das Reichsarbeitsgericht betont, „nur in den Grenzen rechtlicher Möglichkeiten stattfinden“ [42]). Sie kann daher dort, wo ein Arbeitsverhältnis überhaupt nicht mehr vorliegt, dessen bereits eingetretene Beendigung nicht mehr beseitigen [43]) [44]). Die Verfechter der Rückwirkungslehre sind über die Folgerungen, die das Reichsarbeitsgericht aus der Erkenntnis der Möglichkeit einer normativen Gestaltung der Wiedereinstellungsklausel für die Begründung unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Verbandsmitgliedern zieht, hinausgegangen und haben den Nachweis zu führen versucht, daß der Tarifvertrag fähig sei, auch auf solche Einzelarbeitsverträge normativ einzuwirken, die bereits bei Inkrafttreten des Tarifvertrages erloschen waren.

Die einzelnen Konstruktionen unterscheiden sich jeweils durch Zeitpunkt und inhaltliche Form, in der sich die Einwirkung der Wiedereinstellungsklausel auf die bereits erloschenen Arbeitsverhältnisse vollzieht. Eine Richtung unter Führung von Kahn-Freund [45]) und Joerges [46]) vertritt den Standpunkt, die Wiedereinstellungsklausel bestimme als inhaltsgestaltende Norm mit rückwirkender Kraft, daß die aus Anlaß des Arbeitskampfes erfolgten Kündigungen unzuläßlich und daher unwirksam seien. Indem die Wiedereinstellungsklausel die erfolgten Kündigungen für unzulässig erkläre, gehe sie im Sinne des § 1 TVVO. in die Einzelarbeitsverträge ein und entkleide die an sich zulässigerweise erfolgten Kündigungen ihrer rechtlichen Wirksamkeit. Seien aber, meint Kahn-Freund, die Kündigungen unzuläßlich und daher unwirksam, so seien die Arbeitsverhältnisse nicht zur Auflösung gekommen. Die Arbeitgeber könnten von den Arbeitnehmern die sofortige Wiederaufnahme der Arbeit, die Arbeitnehmer von den Arbeitgebern die Aufnahme der Lohnzahlungen verlangen, wobei dem Begehren der Arbeitnehmer auf Zahlung des Lohnes für die Zeit

42) RAG. V Nr. 28, 52, VI Nr. 67.
43) RAG. V Nr. 28, 52, VI 62.
44) RAG. V 97, 185, 190 VI 515, VII 546, VIII 223, 227, IX 65.
45) Kahn-Freund 96 ff.
46) Schlichtungswesen S. 8 ff. Jahrgang 1924 (Schiedsstelle Halle).

des Arbeitskampfes der Einwand der Leistungsunmöglichkeit außerhalb des Annahmeverzuges entgegenstände. Die Einwirkung der Kahn-Freund'schen Klausel [47]) wird also auf einen Zeitpunkt vordatiert, da die Kündigungen noch nicht erfolgt waren. Die entscheidende Funktion der Wiedereinstellungsklausel ist daher diese: „Geschehenes ungeschehen zu machen und den wirtschaftlichen Vorkriegszustand wieder herzustellen." Die Kahn-Freund'sche Lehre begegnet einer Reihe schwerwiegender Bedenken. Die Wiedereinstellungsklausel erklärt die Vornahme einer Kündigung nachträglich für unzulässig und unwirksam, die gesetzlich fraglos erlaubt war. Kahn-Freund [48]) beruft sich dabei zu Unrecht für seine Konstruktion auf die Bestimmung des § 1338 BGB. Es ist zwar richtig, daß der rechtsdogmatische Gedanke nachträglicher Einwirkung auf ein an sich gelöstes Rechtsverhältnis im Sinne seiner Rechtsvernichtung, die sich aus jener Bestimmung des Bürgerlichen Rechts ergibt, mit dem Grundgedanken des bürgerlichen Rechts nicht im Widerspruch steht. Andererseits bestand aber der Keim der später infolge begründeter Anfechtung eintretenden Nichtigkeit bereits zu der Zeit, als das Rechtsverhältnis noch nicht aufgelöst war. Die Ehe war schon vor dem Tode des zur Anfechtung nicht berechtigten Teiles anfechtbar, d. h. mit einem gesetzlich anerkannten Nichtigkeitsgrund behaftet. Es geht aber nicht an, eine an sich im voraus unverzichtbare [49]) und gesetzlich erlaubte Kündigung nachträglich zu einer unerlaubten zu machen. Ein weiterer schwerwiegender Einwand, der gegen Kahn-Freund erhoben werden kann, ist der, die Aufhebung der Kündigungswirkung könne zu dem rechtlich unhaltbaren Ergebnis führen, daß ein Arbeitnehmer in einem doppelten Arbeitsverhältnis stehe, falls er nach Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses ein neues eingegangen sei. Dieser Einwand ist nicht unbegründet. Kahn-Freund [50]) glaubt diesen Konstruktionsmangel durch ein sofortiges Kün-

---

47) Kahn-Freund S. 96 ff.

48) Kahn-Freund S. 101.

49) § 123 Z. 3 Gewerbeordnung, § 726 BGB.

50) Kahn-Freund a. a. O. S. 103, 104.

digungsrecht überall dort beheben zu können, wo ein solches aus wichtigem Grunde gegeben ist (§ 123, 124, 124a, 133 GewO., § 70 HGB., § 626 BGB.). Ist aber ein gesetzliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde nicht gegeben, wie bei gewerblichen Arbeitern außerhalb des Rahmens der §§ 123, 124, 124a GewO., behilft sich Kahn-Freund [51]) mit einer „Notkonstruktion". Geht ein Arbeitnehmer nach Auflösung seines ersten Arbeitsverhältnisses ein neues Arbeitsverhältnis ein und steht er vermöge der rückwirkenden Kraft der Wiedereinstellungsklausel nach Wiederherstellung tariflichen Friedens in zwei Arbeitsverhältnissen zugleich, so muß eine Partei unter Wahrung der gesetzlichen Frist kündigen. Für diese Kündigungsfrist darf der Arbeitnehmer keinen Lohn beanspruchen, da er seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen ist. Diese Notkonstruktion erscheint zweifellos gekünstelt. Sie ist aber dem Arbeitsrecht an sich nicht unbekannt. Dieselbe verwickelte Rechtslage besteht im Betriebsrecht für den Fall, daß ein gekündigter Arbeitnehmer beim Gruppenrat gegen die Kündigung Einspruch erhebt und dieser nach § 86 BRG. das Arbeitsgericht anruft [52]). Da weder der Einspruch gegen die Kündigung noch die Anrufung des Arbeitsgerichts aufschiebende Wirkung besitzen, hat das Gesetz auch den Fall vorgesehen, daß der Einspruch für begründet erklärt wird, während der Arbeitnehmer bereits ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen war. Für diesen Fall ist nach § 89 BRG. der Arbeitnehmer berechtigt, die Weiterbeschäftigung bei dem früheren Arbeitgeber zu verweigern. Er hat hierüber nach Empfang der im § 87 Abs. 3 a. a. O. vorgesehenen Erklärung, spätestens aber drei Tage später dem Arbeitgeber eine entsprechende Erklärung abzugeben. Erklärt er sich nicht, so erlischt das Recht der Verweigerung. Macht er von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch, so ist ihm, falls inzwischen die Entlassung erfolgt war, Lohn oder Gehalt für die Zeit zwischen der Entlassung und dem Tage der Urteilsfällung zu gewähren. Würde man diese Bestimmung analog auf den Fall der WEK. anwenden, so käme man zu einem durchaus billigen

51) Kahn-Freund a. a. O. S. 96 ff.

52) Richtig Boehmer NZfA. 1929 Spalte 748.

Resultate. Abgesehen davon haben es die Tarifparteien bei Abfassung der Wiedereinstellungsklausel in der Hand, dieser praktischen Unzuträglichkeit Rechnung zu tragen, indem sie die normativ gestaltete, mit rückwirkender Kraft versehene Wiedereinstellungsklausel auf jene Arbeitnehmer beschränken, die bei Zustandekommen des neuen Tarifvertrages noch nicht in ein neues Arbeitsverhältnis eingetreten sind. Dieser Einwand erweist sich also nicht als so schwerwiegend, daß er die Kahn-Freund'sche Konstruktion zu Fall zu bringen vermöchte. Das gleiche gilt von dem Einwand Nipperdeys [53]), eine rückwirkende Normativwirkung sei nur dann möglich [54]) [55]), wenn die vertraglich bedungenen Leistungen in der Gegenwart bezw. Zukunft erfüllt werden könnten, da auf unmögliche Leistungen gerichtete Verträge nach § 306 BGB. nichtig seien. Wenn bei nachträglichen Lohnerhöhungen die Mehrzahlungen in der Gegenwart erbracht werden können, so gilt das in gleicher Weise für Lohnzahlungen und Dienstleistungen auf Grund solcher Arbeitsverhältnisse, deren Kündigungen nachträglich als unzulässig erklärt sind. In Wirklichkeit wird eine in der Vergangenheit zu erbringende Leistung garnicht geschuldet, da der Arbeitgeber die Lohnzahlung für die Zeit des Arbeitskampfes unter Berufung auf § 323 BGB. ablehnen kann. Die Bedenken, die der nachträglichen Unzulässigerklärung rechtlich erlaubter Kündigungen entgegenstehen, sind dagegen so schwerwiegend, daß sich aus ihnen die rechtliche Unhaltbarkeit der Kahn-Freund'schen Lehre ergibt.

Eine zweite Gruppe von Anhängern der Rückwirkungslehre unter Führung von Nipperdey lehnt die Konstruktion der Schiedsstelle ab und sieht die einzige rechtliche Möglichkeit einer rückwirkenden Gestaltung erloschener Arbeitsverträge in

---

53) Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey Rechtsprechung I, S. 77 ff.

54) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch II, S. 85 Anm. 117. Oertmann AR. 1925, S. 89.

55) Nipperdey schränkt diese seine Ansicht in Anm. 115, S. 86 erheblich ein und gibt Kahn-Freund zu, er könne gegenüber dessen Ausführungen, S. 96 ff., 102, 104 seine Ansicht, eine im oben angeführten Sinne gestaltete Klausel könne nicht rückwirkend für Einzelfälle, sondern nur schlechthin zum Inhalt eines Tarifvertrages gemacht werden, nicht aufrechterhalten.

der Annahme einer rückwirkenden Klausel mit arbeitsvertraglich-schuldrechtlicher Wirkung. Die Tarifparteien könnten, so meint Nipperdey [56]), von vornherein unter einer zweifachen aufschiebenden Bedingung, nämlich der Entlassung auf Grund des Arbeitskampfes und des Zustandekommens eines Friedensabkommens mit Wiedereinstellungsklausel in normativer Weise die erloschenen Arbeitsverhältnisse dahin gestalten, daß aus ihnen den Arbeitsvertragsparteien die Verpflichtung erwachse, die Arbeitsverträge zu den alten Bedingungen zu erneuern [57]). Die Lehre Nipperdeys verdient keine Zustimmung, da die von ihm konstruierte Wiedereinstellungsklausel unmittelbare Verpflichtungen der Arbeitsvertragsparteien begründen und damit ihre Eigenschaft als Arbeitsbedingung verlieren würde [58]). Die Tarifsatzung hat als Inbegriff tarifrechtlicher normativer Bestimmungen in gleicher Weise wie ein Gesetz im materiellen Sinne die Abstraktheit ihrer Rechtsregelung zur begriffsnotwendigen Voraussetzung. Die abstrakte Regelung knüpft an einen generell bestimmten Tatbestand, eine allgemeine Rechtsfolge [59]). Da aber durch eine Rechtsnorm wie die Tarifsatzung subjektive

---

56) Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Rechtsprechung I S. 82 ff., Jacobi a. a. O. S. 202.

57) Als zweckmäßige Formulierung einer derartigen Klausel empfiehlt Nipperdey folgenden Wortlaut: „Arbeitnehmer, denen nur aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung gekündigt worden ist, sind von dem Arbeitgeber nach Beendigung des Streikes oder der Aussperrung auf ihr Verlangen wieder einzustellen, für den Fall, daß ein Abkommen über die Wiedereinstellung zwischen den Tarifparteien zustande kommt. Die Wiedereinstellung hat nach Maßgabe dieses Abkommens zu erfolgen. Die durch die frühere Tätigkeit erworbenen Anwartschaften bleiben gewahrt, wenn die Wiedereinstellung erfolgt". Abel JW. 1925 S. 1924 empfiehlt einen am § 13 Schw.Besch.Ges. sich anlehnenden Wortlaut.

58) Boehmer NZfA. 1929 S. 7.

59) So Jacobi S. 185, 197 f., 201 f., 221, 251, 279. Hoeniger NZfA. 1929, Sp. 547 ff., Lange NZfA. 1929, 478 ff., Fränkel NZfA. 1927, S. 283, Kaskel AR. S. 36 ff. — Anderer Ansicht Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 238. Die abstrakte Form der meisten Gesetzesbestimmungen erklärt sich nach Jellinek aus der Gleichförmigkeit und Konstanz der menschlichen Lebensverhältnisse, so daß eine abstrakte Normierung der Ordnung des Rechtslebens im allgemeinen genügt. Die Jellinecksche Auffassung ist abzulehnen. Sie verwechselt Gesetz in formellem und materiellem Sinne und verwischt die im Rechtsstaat ausgebildete scharfe Trennung von Rechtsnorm und Verwaltungsakt.

Rechte nicht geschaffen werden können, „niemand berechtigt oder verpflichtet werden" kann [60] [61]), würde bei Zugrundelegung der Nipperdey'schen Konstruktion die Wiedereinstellungsklausel ihren Charakter als normative Arbeitsbedingung verlieren.

In Anlehnung und konsequenter Weiterführung der Argumentation des Reichsarbeitsgerichts hat neuerdings Boehmer [62]) der Wiedereinstellungsklausel eine Deutung gegeben, die im wesentlichen die Bedenken vermeidet, welche den bisher genannten Versuchen entgegen stehen. Boehmer [63]) geht davon aus, eine Kündigung bewirke rechtlich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zunächst nur eine inhaltliche Änderung des gekündigten Rechtsverhältnisses. Werde die Kündigung vor Ablauf der Kündigungsfrist zurückgenommen, so liege darin eine abermalige die Wirkung der Kündigung wiederaufhebende inhaltliche Änderung des gekündigten Rechtsverhältnisses, d. h. eine Verfügung, die nach § 305 BGB. eines Vertrages bedürfe. Da die Tarifparteien den von ihnen vereinbarten normativen Bestimmungen rückwirkende Kraft beilegen könnten, so vermöchte auch der Tarifvertrag zu statuieren, daß die die Kündigungswirkungen beseitigende Wiedereinstellungsklausel als vor Ablauf der Kündigungsfristen wirksam geworden und die rechtmäßig erfolgten Kündigungen von diesem Zeitpunkt an als zurückgenommen zu gelten hätten. Die Wiedereinstellungsklausel der Boehmer'schen Fassung greift damit in das Gefüge der Einzelarbeitsverträge zu einer Zeit ein, in der die Arbeitsverhältnisse noch nicht erloschen waren, d. h. also in der Zeit zwischen Vornahme der Kündigung und Ablauf

---

60) Nipperdey Beiträge S. 139 Anm. 85, S. 142.

61) Ähnlich wie Jellinek Jhering, Zweck im Recht Bd. 1 S. 339 ff., 345, der darauf hinweist, die individuelle Form sei in einem unentwickelten Staatswesen die rechtsgeschichtliche „Vorstufe" der abstrakten. Die individuelle Form sei mit der Entwicklung zum modernen Rechtsstaat nicht in Wegfall gekommen, sondern lebe in der Form von Priviligien und Dotationen etc. fort. Ähnlich auch Zunft a. a. O. S. 46 ff. und neuerdings Boehmer NZfA. 1929, Spalte 739 ff. unter Hinweis auf Stammlers Stufenbau der Rechtsordnung.

62) NZfA. 1929, Sp. 745 ff.

63) Boehmer NZfA. 1929 745 f.

der Kündigungsfrist. Der Eingriff dieser Wiedereinstellungsklausel ist ein inhaltsgestaltender und bezweckt keine Neubegründung der erloschenen Arbeitsverträge. Die Wiedereinstellungsklausel ist auch in diesem Falle als Inhalts- und nicht als Abschlußnorm konstruiert. Stellt sich das Reichsarbeitsgericht auf den Boden der Rückwirkungslehre und ist nach seiner Auffassung die Wiedereinstellungsklausel als Normativbestimmung rechtlich möglich, so steht nichts im Wege, der Boehmerschen Konstruktion die rechtliche Anerkennung zu gewähren. Hebt die Wiedereinstellungsklausel die zu Recht erfolgten Kündigungen mit rückwirkender Kraft nachträglich auf, so leben die an sich erloschenen Einzelarbeitsverträge wieder auf. Der Arbeitgeber kann von seinem Arbeitnehmer die Wiederaufnahme der Arbeit, der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber Zahlung des tariflichen Lohnes verlangen. Dem Begehren des Arbeitnehmers auf Lohnzahlung für die Zeit des Arbeitskampfes steht der Einwand aus § 323 BGB. entgegen. Weigert sich der Arbeitgeber, die aus Anlaß des Arbeitskampfes entlassenen Arbeitnehmer wieder einzustellen, so kann dieser ihm seine Arbeitsleistung anbieten, den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzen und darauf von diesem gemäß § 615 BGB. seinen Lohn verlangen. Verweigert der entlassene Arbeitnehmer die Wiederaufnahme der Arbeit, so ist der Arbeitgeber von seiner Lohnzahlungspflicht befreit und kann von dem Arbeitnehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder fristlos kündigen. Der einzige schwerwiegende Einwand, der gegen die Boehmer'sche Lehre erhoben werden kann, ist der, die Aufhebung der Kündigungswirkung könne zu dem Ergebnis führen, daß ein Arbeitnehmer bei normativ rückwirkender Gestalt der Wiedereinstellungsklausel in einem doppelten Arbeitsverhältnis stehe, falls er nach Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses ein neues eingegangen sei. Die Kahn-Freund'sche Lösung dieser zweifellosen Unzuträglichkeit, auf die wir bereits bei Behandlung der Wiedereinstellungsklausel in der Form der Haller Schiedsstelle hingewiesen haben, die Möglichkeit einer Beschränkung der Wiedereinstellungsverpflichtung auf noch nicht erneuerte Arbeitsverhältnisse, sowie eine analoge Anwen-

dung der § 86 ff. BRG. beheben diesen Konstruktionsmangel jedoch insoweit, daß gemessen an dem praktischen Wert einer rückwirkenden normativen Wiedereinstellungsklausel dieser Schönheitsfehler der Boehmer'schen Konstruktion in Kauf genommen werden muß.

§ 5.

Zusammenfassung.

Haben die Tarifparteien nach Abschluß eines Arbeitskampfes eine Wiedereinstellungsverpflichtung vereinbart oder hat die Schlichtungskammer eine Wiedereinstellungsklausel in ihrem Tarifvorschlag aufgenommen, so ist bei Prüfung der Rechtslage eine dreifache Unterscheidung zu treffen. Ist die Wiedereinstellungsklausel normativ oder obligatorisch gestaltet? Trifft sie noch bestehende Einzelarbeitsverträge an oder nicht? Endlich, liegt ein Verbands- oder Werktarif vor? Ist die Wiedereinstellungsklausel obligatorischer Natur, so begründet sie beim Verbandstarif eine Realisierungspflicht der Tarifparteien lediglich in der Form einer Verpflichtung zur Einwirkung auf die Verbandsmitglieder, während sie sich beim Werktarif auf seiten des Arbeitgebers zu einer echten Einstellungspflicht steigert. Ist die Klausel normativ gestaltet, und trifft das Tarifabkommen noch ungelöste, wenn auch gekündigte Einzelarbeitsverhältnisse vor, so hat die Wiedereinstellungsklausel die rechtliche Wirkung, daß die an sich zurecht erfolgten Kündigungen als zurückgenommen zu gelten haben und eine Einstellungsverpflichtung der Einzelarbeitsvertragsparteien auf Grund der Arbeitsverträge besteht. Die Realisierungspflicht der Tarifverbände erschöpft sich beim Verbandstarif in der sog. tariflichen Durchführungspflicht, d. h. der Pflicht über die Durchführung der Tarifsatzung innerhalb der Einzelarbeitsverträge zu wachen. Beim Werkstarif trifft den Firmeninhaber lediglich die Weidereinstellungsverpflichtung auf Grund der normativ gestalteten Einzelarbeitsverträge. Sind die Einzelarbeitsverhältnisse gelöst, die Kündigungsfristen also abgelaufen und statuiert der Tarif eine normative mit Rückwirkung ausgestattete Wiedereinstellungsklausel, so hat diese die Wir-

kung, daß die Kündigungen als zurückgenommen zu gelten haben und die an sich erloschenen Einzelarbeitsverhältnisse wieder aufleben. Die Realisierungspflicht der Tarifverbände beschränkt sich auf die tarifliche Durchführungspflicht, während der Schwerpunkt der Wiedereinstellungsverpflichtung in die Einzelarbeitsverträge verlegt ist.

II. HAUPTTEIL.

Der Realisierungszwang.

I. KAPITEL.

Begriff, Umfang und Bedeutung der tariflichen Realisierungspflicht.

§ 1.

Realisierungszwang und Realisierung.

Sind sich Praxis und Theorie im wesentlichen darüber einig, daß Zwangstarif und freiwilliger Tarifvertrag bei Bestehen einer Wiedereinstellungsklausel eine Verpflichtung zur Erneuerung der im Arbeitskampf gelösten Einzelarbeitsverträge begründen, so ist die Rechtslage bei Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel völlig ungeklärt. Der Begriff der Realisierung stammt von Hoeniger und ist zum ersten Male in der Kontroverse Hoeniger-Boehmer-Nipperdey im Anschluß an den Arbeitskampf in der Westdeutschen Eisenindustrie aufgetaucht [1]). Unter der sog. Realisierungspflicht versteht Hoeniger [2]) die Pflicht der am Schlichtungsverfahren beteiligten Verbände, mit den Mitteln des Verbandszwanges auf ihre Mitglieder dahin einzuwirken, daß Einzelarbeitsverhältnisse abgeschlossen werden und damit der rechtsverbindliche Spruch zu faktischem Leben gebracht wird". Dem Problem des Realisierungszwangs beim Zwangstarif liegt also folgender Tatbestand zugrunde. Im Verlaufe eines Arbeitskampfes sind sämtliche Arbeitsverhältnisse gekündigt. Die Kündigungsfristen sind abgelaufen, die Arbeitsverträge gelöst. Eine Einigung der Tarifparteien über die Beilegung des Arbeitskampfes ist nicht

---

1) Hoeniger NZfA. Spalte 275 f.

2) a. a. O Spalte 539.

zustandegekommen. Der von der Schlichtungsstelle gefällte Schiedsspruch ist vom Schlichter bezw. Reichsarbeitsminister für verbindlich erklärt worden. Das im Wege staatlichen Zwanges diktierte Tarifverhältnis findet keine Einzelarbeitsverträge vor. Sind auf Grund dieses Tatbestandes bei Vorliegen eines Verbandstarifes und Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel die beteiligten Tarifverbände verpflichtet, auf ihre Verbandsmitglieder im Sinne einer Erneuerung der gelösten Einzelarbeitsverträge einzuwirken? Ist also der Arbeitgeberverband ohne ausdrückliche tarifliche Bestimmung „gehalten, sich mit allen Mitteln des Verbandszwanges für die Wiedereröffnung der Betriebe, die Gewerkschaft, für die Wiederaufnahme der Arbeit einzusetzen?" Hat beim Firmentarif der Arbeitgeber auch bei Fehlen einer Wiederherstellungsklausel die Pflicht, seinen Betrieb wieder zu öffnen und die entlassenen Arbeitnehmer wieder einzustellen?, Oder löst der Zwangstarif erst dann die vollen tariflichen Wirkungen aus, wenn er realisiert ist, d. h. nach Hoeniger, wenn „mit Wissen und Willen der am Tarifvertrag beteiligten Verbände Einzelarbeitsverträge, die unter den verbindlichen Schiedsspruch fallen, abgeschlossen, oder aufrecht erhalten werden?" [3]) Lehnt man die völlig unbegründete Scheidung ab, die Hoeniger zwischen Zwangstarif und freiwilligen Tarifvertrag vornimmt [4]), und behandelt man diese Frage als allgemein tarifrechtliches und nicht als speziell schlichtungsrechtliches Problem, so ergeben sich rechtstheoretisch folgende Fragen: Enthält jeder Tarif ohne ausdrückliche Bestimmung eine ihm notwendig immanente Realisierungspflicht? Ist die Realisierungspflicht eine selbständige Verpflichtung? oder ist sie Ausfluß der bereits anerkannten Friedens- oder Durchführungspflicht? [5])

---

3) Hoeniger NZfA. 1929 S. 277.

4) Hoeniger a. a. O., dagegen Boehmer a. a. O. 527 f., Nipperdey Bensheimer V 261 f., Jacobi JW. 1929 S. 1278, Flatow Magazin der Wirtschaft Nr. 21 und Arbeitsrechtspraxis 1929 S. 128, Klotz Schlw. S. 145 f. u. Noerpel Gewerkszeitung 1929 S. 374 f. 1930.

5) Vgl. dazu auch Karth „Die Durchführungspflicht im Tarifvertrag u. Kreller Arch. f. ziv. Pr. u. F. 16, 366.

Nach Hoeniger haben die Tarifparteien ihre Realisierungspflicht bereits dann erfüllt, wenn sie ihrer Einwirkungsverpflichtung genügt haben, d. h. wenn sie mit allen ihnen verbandsmäßig zu Gebote stehenden Mitteln ihre Mitglieder zum Neuabschluß von Einzelarbeitsverträgen angehalten haben. Die Tarifparteien haben ihre Realisierungspflicht also nicht erst dann erfüllt, wenn das Tarifverhältnis realisiert ist, d. h. wenn der Tarif durch Neuabschluß der gelösten Einzelarbeitsverträge Leben gewonnen hat. Realisiert ist der Tarif im Hoenig'schen Sinn vielmehr bereits dann, wenn die Verbände beim Verbandstarif alle ihnen auf Grund des Verbandsrechts zu Gebote stehenden Mittel in den Dienst der Wiedereinstellung gestellt haben.

§ 2.

Der Realisierungszwang im Spiegel von Literatur und Praxis.

Hoeniger hat das Verdienst, als erster das Problem des Realisierungszwangs beim Zwangstarif gesehen und zur wissenschaftlichen Diskussion gestellt zu haben. Das Reichsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung in RGZ. 118, 196 das Bestehen einer Realisierungspflicht für den Fall abgelehnt, daß der den Arbeitskampf beendende Tarif keine Wiedereinstellungsklausel enthält. „Es kann sich nur noch fragen", so führt das Reichsgericht aus, „ob der Beklagte nach der Verbindlicherklärung des Schlichters vom 2. November 1925 und nach dem Zustandekommen eines nunmehr zum wesentlichen Bestandteil des Tarifvertrages vom 22. Dezember 1924 gewordenen Zwangslohntarifes nicht gehalten war, in Betätigung der ihm obliegenden Friedenspflicht seine Mitglieder mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zur Wiederaufnahme der Arbeit zu veranlassen. Auch das ist zu verneinen. Nachdem die einzelnen Arbeitsverhältnisse durch eine ordnungsmäßige Kündigung gelöst waren, und die Klägerin noch diese Lösung durch Aussperrungserklärung von Ende Oktober unterstrichen hatte, war der Beklagte nicht verpflichtet, seine Mitglieder zum Abschluß neuer Arbeitsverträge zu bestimmen".

Wie sich aus dieser Entscheidung ergibt, geht das Reichsgericht davon aus, daß die Friedenspflicht einen aktuell wirkenden normativen Teil des Tarifvertrages voraussetzt, und daß der Lohntarif für den Fall, daß Einzelarbeitsverträge nicht bestehen, zunächst ins Leere stößt. Damit leugnet das Reichsgericht grundsätzlich das Bestehen einer Realisierungspflicht und erkennt eine solche nur insoweit an, als sie von den Tarifparteien in Form einer Wiedereinstellungsklausel vereinbart worden ist. (RGZ. 111, 196). Den gleichen Standpunkt wie das Reichsgericht scheint das Kammergericht in seiner Entscheidung im Reichsarbeitsblatt 1927 I S. 174 zu vertreten, wenn es einen Schadensersatzanspruch gegen einen Arbeitnehmerverband mit der Begründung ablehnt, den Gewerkschaften könne nicht zugemutet werden, ihre Mitglieder zur Aufnahme der Arbeit zu zwingen. Nach dem nicht ganz eindeutigen Wortlaut der Entscheidung könnte es scheinen, als teile das Kammergericht die Auffassung Hoenigers auch insoweit, als dieser in der Frage des Realisierungszwanges zwischen Zwangstarif und freiwilligem Tarifvertrag unterscheidet. Die Unterscheidung des Kammergerichts dürfte sich aber daraus erklären, daß bei Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs beim freiwilligen Tarifvertrag an die Tarifparteien höhere Anforderungen zu stellen sind, als beim Zwangstarif. In der Ablehnung einer Realisierungspflicht außerhalb der Wiedereinstellungsklausel ist sich, soweit das Problem des Realisierungszwanges erkannt und berührt wird, mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung der überwiegende Teil der Literatur einig. Begründet wird die Ablehnung lediglich von Boehmer[6]) und Anthes[7]). Anthes lehnt sich in seiner Begründung an die Argumentation des Reichsgerichts an und fügt dieser nur noch hinzu, die Richtigkeit der Rechtsauffassung des Reichsgerichts ergebe sich zwingend daraus, daß mit der Annahme einer besonderen Realisierungspflicht die Vereinbarung der sog. Wiedereinstellungsklausel überflüssig und sinnlos würde, wenn ohnehin schon eine tarifliche Realisierungspflicht bestände. Boehmer folgert seine

---

6) a. a. O. 529 ff.

7) Anthes NZfA 1931 Spalte 81 ff.

ablehnende Haltung aus dem Begriff des Arbeitskampfes. Wirkt sich ein Arbeitskampf auf Seiten der Arbeitnehmer lediglich in der Form des Streikes, auf seiten der Arbeitgeber in Gestalt der Aussperrung aus, und ist der Streik nach Boehmer Massenkündigung der Arbeitnehmer, die Aussperrung Massenkündigung der Arbeitgeber, so ergeben allerdings nur Kündigungen auf Geheiß und Duldung der Tarifparteien den Tatbestand der Verletzung der tariflichen Friedenspflicht. Die Nichterneuerung der gelösten Arbeitsverhältnisse steht danach nicht im Widerspruch zur tariflichen Friedenspflicht. Vielmehr verstößt nach Boehmer der Arbeitnehmer- bezw. Arbeitgeberverband, „der solche Renitenz seiner Mitglieder anordnet, unterstützt oder auch nur duldet, nicht gegen die Friedenspflicht, sondern lediglich gegen die Durchführungspflicht, sofern der Schiedsspruch in der Form der Wiedereinstellungsklausel eine solche besonders statuiert[8]). Darüber hinaus sei, wie Boehmer annimmt, die Friedenspflicht bei Fehlen der Wiedereinstellungsklausel nur dann verletzt, wenn nicht gekündigte Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse unter den neuen Tarif fielen, in Massen kündigten oder gekündigt würden, ohne daß die beiderseitigen Tarifverbände die verbandsrechtlichen Mitteln erschöpften, um ihre Mitglieder an der Kündigung der Arbeitsverträge zu hindern. Dieser eine Realisierungspflicht ablehnenden Richtung stehen einige Autoren gegenüber, die mit mannigfaltigen, überaus divergierenden Begründungen das Bestehen einer jedem Tarife notwendig immanenten Realisierungspflicht anerkennen. Übereinstimmung besteht bei den Befürwortern einer Realisierungspflicht weder in der rechtlichen Konstruktion noch in der Intensität der tariflichen Obligation. Flatow[9]) leitet die Realisierungspflicht, ohne sie wie Hoeniger auf den freiwilligen Tarifvertrag zu beschränken, aus der jedem Tarife essentiellen Durchführungspflicht ab. Das Bestehen einer Realisierungspflicht begründet Flatow lediglich mit der Frage „woraus anders hat denn der Zwangstarif, seit er im Sturm der Demobilmachungszeit aus der Notwendigkeit der Praxis und

8) Boehmer a. a. O. S. 529.

9) Magazin der Wirtschaft 1929 S. 804.

zugleich der veränderten Einstellung des Staates zum Tarifvertrag entstanden ist, seine soziale Kraft geschöpft als aus dem dahinter stehenden rechtlichen Durchführungszwang, also aus der Rechtspflicht der Parteien des Tarifvertrags, sich ihm genau so zu unterwerfen wie dem freigeschlossenen Tarifvertrag, genau so alles zu tun, was zu einer Durchführung im Berufskreis erforderlich ist, genau so alles an Kampfmaßnahmen zu unterlassen, was sich gegen seinen Bestand richtet?" Obwohl bei Nichterneuerung der erloschenen Arbeitsverhältnisse Flatow lediglich die Durchführungspflicht als verletzt ansieht, so weist diese an sich nicht juristische Argumentation Parallelen zu der Begründung auf, welche die Realisierungspflicht insbesondere bei Nipperdey gefunden hat. Noerpel[10]) lehnt sich in seiner Begründung eng an die Argumentation Flatows an. Während aber Flatow in der Nichterneuerung der erloschenen Arbeitsverhältnisse eine Verletzung der Durchführungspflicht sieht, scheint Noerpel zwischen Friedens- und Durchführungspflicht zu schwanken. Nipperdey[11]) folgert die Realisierungspflicht im Sinne Hoenigers aus der tariflichen Friedenspflicht. Nach Nipperdey sind die Tarifverbände auf Grund der aus der negativen Friedensverpflichtung sich ergebenden Realisierungspflicht verpflichtet, alle Maßnahmen zur Fortsetzung des Arbeitskampfes zu unterlassen. Eine Fortsetzung des Arbeitskampfes in Form von Boykott und Sperre sieht Nipperdey bereits in der Aufforderung des Tarifverbandes an seine Mitglieder, die Betriebe nicht wieder zu öffnen bezw. die Arbeit nicht wieder aufzunehmen. Eine Auslegung der Friedenspflicht im Sinne des Reichsgerichts sei mit Treu und Glauben nicht vereinbar, „denn es sei kein stärkerer Kampf gegen den Tarifbestand möglich denkbar, als wenn man sich weigerte, ihn in Funktion zu setzen, um ein tarifwidriges Ziel d. h. die Abänderung oder Aufhebung des Tarifes zu erreichen" [12]). Ein Verstoß gegen die Friedenspflicht sei nur dann nicht ge-

---

10) Gewerkschaftszeitung 1929 S. 374 ff.

11) Nipperdey NZfA. 1929 749 ff., Bensheimer V S. 261 f., Lehrbuch II S. 109 f. Anm. 13.

12) Nipperdey-Bensheimer V S. 273.

geben, wenn die Nichterneuerung der Arbeitsverhältnisse keinerlei Kampfzweck verfolge, sondern lediglich das völlig fehlende Interesse an Arbeitsverhältnissen auf tariflicher Grundlage bekunde. Klotz[13]) endlich nimmt ebenso wie Boehmer den Begriff des Arbeitskampfes zum Ausgangspunkt seiner Untersuchung. Der Begriff des Arbeitskampfes, so folgert Klotz, sei vornehmlich wirtschaftlich-soziologisch zu umschreiben. Ein Arbeitskampf im wirtschaftlichen Sinne liege immer nur dann vor, wenn Arbeitsgelegenheit oder Arbeitsleistung von einem Arbeitgeber oder einer Masse von Arbeitnehmern entgegen den sonst im wirtschaftlichen normalen Geschehen üblichen Verhältnissen bewußt vorenthalten werde. Der Arbeitskampf spiele sich außerhalb rechtlicher Kategorien ab und zeitige erst in seinem Ergebnis rechtliche Wirkungen. Die Frage, ob im Arbeitskampf die Einzelarbeitsverträge gekündigt seien oder nicht, spiele daher für die Frage der Realisierungspflicht eine nebensächliche Rolle. Werde diese bewußte Vorenthaltung von Arbeitsgelegenheit oder Arbeitsleistung von wirtschaftlichen Vereinigungen zum Zwecke des Kampfes um die Arbeitsbedingungen veranlaßt, so sei die Friedenspflicht verletzt. Damit kommt Klotz auf einem anderen Wege zu dem gleichen Ergebnis wie Nipperdey. Das Bild der Meinungen ist also ein buntes und uneinheitliches. Der entscheidende Grund für die Divergenz der Meinungen in dieser fraglos zentralen Frage des Tarif- und Schlichtungsrechts liegt in der mangelnden Übereinstimmung in der Umschreibung der Friedens- und Durchführungspflicht[14]), der mangelnden Erkenntnis der Bedeutung der sog. Realisierung und endlich in einer zu engen, seiner wirtschaftlichen Bedeutung nicht gerecht werdenden Bestimmung des Arbeitskampfbegriffes. Eine Lösung des Problems des Realisierungszwangs beim Zwangstarif ist daher unmöglich, wenn nicht über diese elementaren Begriffe des Tarif- und Arbeitsrechtes völlige Klarheit besteht[15]).

---

13) Klotz a. a. O. S. 146 ff.

14) Richtig Klotz a. a. O. 146.

15) Das kurz vor Drucklegung dieser Arbeit erschienene Werk von Nikisch „Friedenspflicht, Durchführungspflicht und Realisierungspflicht" 1932 konnte nur anmerkungsweise — u. zwar namentlich in Teil II Kap. 1 der Arbeit verwertet

§ 3.

Durchführungs-, Friedens- und Realisierungspflicht.

Die Ableitung der Realisierungspflicht aus der Durchführungspflicht beruht auf einer Verkennung des rechtsgeschichtlich gewordenen, durch Theorie und Praxis eindeutig festgelegten Begriffes der Durchführungspflicht. Schützt die Friedenspflicht den Tarif vor einem Frontalangriff eines durch die Tarifparteien eingeleiteten Arbeitskampfes, so bezweckt die sog. Durchführungspflicht die Verhinderung einer Unterhöhlung des Tarifs außerhalb der Verletzung der tariflichen Friedenspflicht. Die Durchführungspflicht ist die jedem Tarife notwendig immanente [16]) Pflicht der Tarifparteien, über die Durchführung der normativen Einzelarbeitsverträge zu wachen [17]). Die Durchführungspflicht stellt daher keine Verpflichtung zum Abschluß, sondern nur zur tarifentsprechenden Gestaltung und Einhaltung der Einzelarbeitsverträge dar. Da aber nur an sich bestehende Einzelarbeitsverträge inhaltlich gestaltet werden können, setzt die Durchführungspflicht die Realisierung des normativen Teiles des Tarifvertrages notwendig voraus. Ihre Wirksamkeit hängt von der Realisierung durch die Einzelvertragsparteien ab [18]). Sind die Einzelvertragsverhältnisse im Verlaufe des Arbeitskampfes nicht zur Auflösung gelangt, oder haben nach Liquidierung des Arbeitskampfes die Mitglieder der beiderseitigen Verbände ihre im Arbeitskampf gelösten Einzelarbeitsverträge erneuert, so tritt die Durchführungspflicht in Funktion. Ohne die Realisierung des normativen Teiles bleibt die Tarifsatzung als abstrakte objektive Rechtsregelung und mit ihr die sich auf

---

werden. Nikisch konstruiert eine Realisierungspflicht, die der hier vertretenen Auffassung sehr nahe kommt, sich jedoch hinsichtlich ihres Umfanges von dieser unterscheidet.

16) RAG. II Nr. 33 IV 19, 94, V 68, 95, VII 52, Hueck-Nipperdey II S. 107 ff., Boehmer a. a. O. 529, 727, Kaskel mit Einschränkung S. 21, dagegen Jacobi S. 207, JW. 1929 S. 1278, Simon, Kaskel Hauptfragen S. 28, Bormann ebenda S. 65 ff.

17) Richtig Helfrich S. 15, Klotz S. 147.

18) Helfrich a. a. O. S. 15.

ihre Verwirklichung beziehende Durchführungspflicht ohne Leben. Die weit verbreitete Lehre, die den Wirkungskreis der Durchführungspflicht auf den obligatorischen Teil des Tarifvertrages ausdehnt und Durchführungs- und Einwirkungspflicht identifiziert, ist abzulehnen, da sie die eben gewonnene Klärung der Terminologie des Tarifvertrages aufs neue in Frage stellt. Bezieht doch diese Theorie den Begriff der Durchführungspflicht fälschlich auch auf solche Tarifpflichten, die sich in nichts von den allgemeinen vertraglichen Erfüllungs- und Leistungspflichten unterscheiden und erst auf dem Umweg über die Einschaltung einer logischen Gedankenreihe als Durchführungspflicht ungedeutet werden können [20]). Es erscheint daher widersinnig, wenn man die Durchführungspflicht als eine Pflicht zur Erfüllung einer andern Obligation, etwa der Friedenspflicht oder Wiedereinstellungsklausel darstellen wollte. In diesem Sinne kann daher von der Durchführungspflicht aus der Wiedereinstellungsklausel im Sinne der hergebrachten tariflichen Terminologie nicht gesprochen werden. Will man die klare Trennung der obligatorischen Pflicht der Tarifpartei aus dem Tarifvertrag von dem im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien untereinander normativ wirksamen Arbeitsbedingungen nicht aufgeben. so muß man bei der Durchführungspflicht das begrifflich entscheidende Moment gerade in der Beschränkung ihrer rechtlichen Wirksamkeit auf die Tarifsatzung sehen. Die Durchführungspflicht unterscheidet sich daher von den übrigen schuldrechtlichen Pflichten des Tarifvertrages in doppelter Hinsicht: durch die Beschränkung ihrer Wirkung auf den normativen Teil und die Notwendigkeit der Realisierung. Setzt die Durchführungspflicht die Realisierung des normativen Teiles voraus, um überhaupt in Funktion treten zu können, so kann sie nicht Träger der Verpflichtung sein, welche den Parteien die Realisierung der Tarife

---

19) Kaskel Arbeitsrecht S. 23. LAG. Dresden Bensheimer I Nr. 40, Boehmer NZfA. 1929 Sp. 529 (Anders allerdings a. a. O. Sp. 350 u. 727,) Potthoff NZfA. 1930 Sp. 280, Sinzheimer Arbeitsrecht 1927 Sp. 916, Hoeniger NZfA. 1929 Sp. 347.

20) Helfrich S. 15.

auferlegt[21]). Stellt die Durchführungspflicht die Durchführung der normativen Tarifsatzung innerhalb der Einzelarbeitsverträge unter den kollektiven Einwirkungszwang der Tarifverbände, so erhebt sich die Frage, welche der obligatorischen Pflichten des Tarifvertrages die Realisierung dem Einwirkungszwang der Verbände unterwirft. Eine Durchführungspflicht, welche die tarifgemäße Gestaltung und Erfüllung der Einzelarbeitsverträge zum Gegenstand hat, wäre ohne Bedeutung, wenn es der Willkür der Tarifverbände überlassen bliebe, den Tarif durch systematische Nichterneuerung der im Arbeitskampf aufgelösten Einzelarbeitsverträge zu sabotieren. Das Reichsgericht hebt in seiner Entscheidung in RGZ. 111, 170 unter Verneinung der Realisierungspflicht die Bedeutung einer Wiedereinstellungspflicht für den Bestand des Tarifvertrages mit den Worten hervor: „fehlt eine Wiedereinstellungsklausel, so wird in vielen, wenn nicht in den meisten Fällen, in denen es zu Streiken und Aussperrungen gekommen ist, ein Arbeitsnormenvertrag allein nicht zum wirtschaftlichen Frieden führen und so lange ein blut- und markloses Gebilde bleiben, als die Arbeiter nicht in die Betriebe zurückkehren oder von den Arbeitgebern nicht wieder eingestellt werden. Erst die Auferlegung eines Verbandszwanges nach beiden Richtungen schafft, so weit das die Unzulänglichkeit aller menschlichen Einwirkungen zuläßt, Sicherheit dafür, daß die Arbeitsnormen auch ein Betätigungsfeld, ein Anwendungsgebiet vorfinden, und daß die durch den Streik brachgelegten Betriebe im Interesse der Produktionsgemeinschaft von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ihre volle Wirksamkeit entfalten können." Das Reichsgericht vertritt nach dem Wortlaut der zitierten Entscheidung selbst den Standpunkt, daß ohne eine Wiedereinstellungs- oder Aufnahmepflicht der Tarifverbände der Tarif ein blut- und markloses Gebilde darstellt und rechtfertigt in einem Atemzuge damit trotz Anerkennung einer jedem Tarife notwendigen immanenten Friedenspflicht bei Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel eine Sabotage des Tarifes, wie sie kaum stärker denkbar ist[22]). Das

---

21) Richtig Klotz S. 147 und Nikisch S. 57 ff.

22) so auch Nikisch S. 78 f.

Reichsgericht macht also die funktionelle Wirksamkeit der Friedenspflicht von der Realisierung des Tarifvertrages durch die Tarifverbände, d. h. also von dem freien Willen der Tarifparteien abhängig. Welche Bedeutung soll dann das zwangsweise Diktat der Verbindlicherklärung haben, wenn die faktische Rechtsverbindlichkeit geradezu in die Willkür der Parteien gestellt ist? Welche Bedeutung hat ein Vertrag, selbst wenn er rechtsverbindliche Normen setzt, wenn er nicht die Parteien verpflichtet, die normativen Bestimmungen zu lebendiger Wirksamkeit zu bringen? Im Grunde stützt damit das Reichsgericht die Hoeniger'sche These, die Friedenspflicht sei die Pflicht der Tarifparteien, Frieden zu halten, und setze daher den Eintritt des Friedens notwendig voraus [23]). Diese Begriffsbestimmung ist aber in jeder Hinsicht unbefriedigend. Die zentrale Bedeutung des tariflichen Friedensabkommens liegt gerade in seiner Funktion, den Arbeitskampf zu liquidieren und den Frieden herbeizuführen. Die Aufrechterhaltung des Friedens allein kann nicht der Hauptzweck eines Friedensabkommens sein. Geht man von dieser rechtlichen Bedeutung der tariflichen Friedenspflicht aus, so kann es sich mit den Worten des Reichsgerichts nur noch fragen, „ob eine Tarifpartei nach dem freiwilligen oder zwangsweisen Zustandekommen eines Lohntarifes nicht gehalten ist, in Betätigung der ihr obliegenden Friedenspflicht ihre Mitglieder mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zur Wiederaufnahme der Arbeit und zur Wiedereinstellung der entlassenen Arbeiter zu veranlassen". Ergäbe sich aber die Realisierungspflicht der Tarifparteien aus der tariflichen Friedenspflicht, so könnte die Realisierung nicht mehr die Voraussetzung für das Wirksamwerden der Friedenspflicht sein. Den Weg zur Lösung dieser Frage haben Boehmer [24]) und Klotz [25]) gewiesen, indem sie die Erkenntnis der Friedenspflicht als eines Korrelates des Arbeitskampfes zum Ausgangspunkt ihrer Untersuchung machten und von da aus — zwar mit entgegengesetzten Resultaten — versuchten, aus

---

23) NZfA. S. 345.

24) Boehmer a. a. O. Sp. 729 ff.

25) Klotz a. a. O. S. 147.

der begrifflichen Klärung der Friedenspflicht und des Arbeitskampfes das Bestehen oder Nichtbestehen einer Realisierungspflicht herzuleiten. Es dürfte sich daher empfehlen, den von Klotz und Boehmer eingeschlagenen Weg nachzugehen, um über die Klärung der Begriffe der Friedenspflicht und des Arbeitskampfes zu einer eindeutigen Bestimmung der Realisierungspflicht zu kommen.

Die tarifliche Friedenspflicht ist die einem Tarife notwendig immanente Verpflichtung der Tarifparteien zur Beilegung eines bestehenden Arbeitskampfes und zur Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Friedens während der Laufdauer des Tarifes. Die zentrale Bedeutung der Friedenspflicht ergibt sich gerade aus der Natur des Tarifvertrages als eines kollektiven Friedensabkommens [26]). Das Verbot des Arbeitskampfes ist dem Tarifvertrag so wesentlich, daß ein kollektives Arbeitsabkommen, bei dem die Parteien den Ausschluß der Friedenspflicht vereinbart hätten, nicht als Tarifvertrag im Sinne des § 1 TVVO. anzusehen wäre. Die Bedeutung der Friedenspflicht ergibt sich weiterhin daraus, daß sie im Tarifvertrag neben der allgemeinen Vertragserfüllungspflicht ihren Platz findet. Jeder Vertrag begründet an sich schon nach §§ 157, 242 BGB. die Verpflichtung der Parteien, alles zu tun, um den Obligationszweck zu erreichen, und alles zu unterlassen, was zur Vereitelung des Vertragszweckes geeignet wäre. Über diese jedem schuldrechtlichen Vertrage wesentliche Verpflichtung geht die Friedenspflicht der Tarifparteien noch hinaus. Der Tarifvertrag ist eben mehr als ein schuldrechtlicher Dauer- oder Arbeitsnormenvertrag. Der Tarifvertrag ist vorwiegend und in erster Linie Friedensvertrag. Der Zweck des Friedensvertrages ist die Stabilisierung der Arbeitsverhältnisse innerhalb eines bestimmten Wirtschaftszweiges. Der Arbeitnehmer soll eine gesicherte und auskömmliche Arbeitsstelle, der Arbeitgeber bei ungestörter Produktion die Möglichkeit langfristiger Kalkulation besitzen. Sichere Arbeitsstellen und ungestörte Produktionsmöglichkeit sind aber nur dann gewährleistet, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer von Erschütterungen verschont bleiben, die

---

26) Kaskel Arbeitsrecht S. 16 und Nikisch S. 33 ff.

jeder Arbeitskampf im Zeitalter der Massenorganisationen notwendig mit sich bringt[27]). Untersucht man nun im einzelnen den Begriff der Friedenspflicht, so ergibt sich zunächst, daß diese eine positive und negative Seite besitzt. Sowohl die negative als auch die positive Friedenspflicht sind selbständige Pflichten, die lediglich ihrem gemeinsamen Zwecke, dem tariflichen Frieden zu dienen, ihre Zusammenfassung in der sog. Friedenspflicht verdanken. Die negative Friedenspflicht legt den Tarifparteien die Verpflichtung auf, keinen Arbeitskampf zu veranstalten und alles zu unterlassen, was ihre Mitglieder zur Einleitung oder Fortsetzung eines tarifwidrigen Arbeitskampfes veranlassen könnte. Die Tarifparteien sind also negativ verpflichtet, jede Aufforderung zur Einleitung eines Arbeitskampfes sowie jede Förderung und Unterstützung eines bereits ohne oder gegen ihren Willen von ihren Mitgliedern eingeleiteten Arbeitskampfes zu unterlassen. Positiv verpflichtet die Friedenspflicht die Tarifparteien, sich mit allen ihnen verbandsmäßig zu Gebote stehenden Mitteln für den Wirtschaftsfrieden einzusetzen und ihre Mitglieder von der Einleitung oder Fortsetzung eines bereits begonnenen Arbeitskampfes abzuhalten. Soll der Tarifvertrag bezw. der Zwangstarif den wirtschaftlichen Kriegszustand beenden oder verhüten — und diesen gesetzlichen Zweck hat der Tarifvertrag unbestritten —, so muß er die rechtliche Kraft und Möglichkeit besitzen, den gestörten Wirtschaftsfrieden wiederherzustellen. Die zu enge Interpretation der Friedenspflicht durch Boehmer und Anthes wird daher dem gesetzgeberischen Zwecke des Tarifvertrages nicht gerecht. Vornehmster Zweck eines Friedensabkommens ist zunächst die Beendigung des Kriegszustandes. Die Aufrechterhaltung des wiederhergestellten Friedens ist gegenüber der Beendigung des Kriegszustandes eine cura posterior und daher zunächst nur von sekundärer Bedeutung. Die abstrakte normative Regelung der Arbeitsbedingungen ist als solche in der Regel nicht imstande, den wirtschaftlichen Frieden wiederherzustellen, wenn nicht die Parteien des Friedensabkommens verpflichtet sind, die abstrakte Rechtsregelung durch Aufhebung der Kampf-Maßnahmen und

---

27) Hueck-Nipperdey II S. 96 A. 9.

Aufnahme geregelter wirtschaftsfriedlicher Beziehungen, d. h. durch Wiedererneuerung der Arbeitsverhältnisse den Tarif zur lebendiger Wirksamkeit zu bringen [28]).

§ 4.

Realiserungspflicht und Arbeitskampf.

Da das Verbot des Arbeitskampfes im wesentlichen der Kern der Friedenspflicht ist, muß sich der praktische Gehalt der Friedenspflicht aus der Bestimmung seines Gegenbegriffes, des Arbeitskampfes ergeben, dessen Negation die Friedenspflicht darstellt. Der Arbeitskampf ist primär kein rechtlicher Begriff, sondern ein wirtschaftlich-soziologischer Tatbestand, der nicht eindeutig rechtsdogmatisch zu charakterisieren ist [29]). Wesentlicher Bestandteil des Begriffes Arbeitskampf ist die Störung des Wirtschaftsfriedens [30]). Welcher Art diese Störung ist, ob sie als Streik, Aussperrung, passive Resistenz, Wiedereinstellungssperre oder Arbeitsboykott in die Erscheinung tritt, ist ohne Belang. Das geltende Recht kennt keinen abgeschlossenen Katalog von Kampfmitteln, deren Handhabung den technischen Begriff des Arbeitskampfes erfüllen würde [31]). Der Arbeitskampf im engeren Sinne kann in jeder Störung des Arbeits- und Wirtschaftsfriedens bestehen, sofern nur die feindlichen Maßnahmen gegen den sozialen Gegenspieler gerichtet sind und auf Änderung oder Aufhebung des Tarifs oder einzelner tariflich geregelter Bestimmungen zielen. Abgesehen von der passiven Resistenz, die hier unerörtert bleiben kann, besteht im wesentlichen jeder Arbeitskampf in der massenweisen wirtschaftswidrigen Verweigerung der Arbeit oder Vorenthaltung der

---

28) Klotz S. 147.

29) Klotz a. a. O. S. 146.

30) Hueck-Nipperdey II S. 570.

31) Nikisch G. Z. 34 DJT. II 285 ff., Hueck-Nipperdey II S. 97 Anm. 14, Nikisch S. 26 ff.

Arbeitsplätze [32]). Schauplatz des Arbeitskampfes ist nicht der Arbeitsvertrag, sondern der Arbeitsmarkt. Wenn Klotz den Standpunkt vertritt, der Arbeitskampf sei eine rein wirtschaftliche Angelegenheit und beginne erst nach Lösung der rechtlichen Bindungen [33]), so schießt er damit über das Ziel hinaus. Richtig ist, daß die Kündigungen nur der Auftakt zu dem eigentlichen Arbeitskampfe sind, und daß dieser, abgesehen von der passiven Resistenz, im wesentlichen nur in der wirtschaftswidrigen Verweigerung der Arbeit bezw. Vorenthaltung der Arbeitsplätze besteht. Die Niederlegung der Arbeit und die Vorenthaltung der Arbeitsgelegenheit sind aber auch unter Aufrechterhaltung der einzelarbeitsvertraglichen Bindungen möglich. In diesem Falle ruhen die Arbeitsverhältnisse während des Arbeitskampfes und leben nach Beendigung des Arbeitskampfes von selbst wieder auf. Der von Boehmer seiner Untersuchung der Friedenspflicht zugrunde gelegte Tatbestand des Arbeitskampfes erweist sich danach als zu eng [34]). Der Arbeitskampf beschränkt sich nicht allein auf Streik und Aussperrung „im Wege massenweiser Kündigungen" [35]). Boehmer übersieht vielmehr die Tatbestände der Einstellungs- und Zuzugssperre, bei denen sich der Arbeitskampf außerhalb der rechtlichen Form einer Kündigung abspielt. Die Tatsache, daß der Arbeitskampf von der Vornahme von Kündigungen unabhängig ist, ergibt sich aus der Untersuchung der einzelnen Formen des Arbeitskampfes. Streik ist die gemeinsame planmäßige Verweigerung der Arbeit durch eine größere Anzahl von Arbeitnehmern zum Zwecke der Erkämpfung eines bestimmten tariflich relevanten Zieles mit dem Willen, nach Erringung des Kampfzieles die Arbeit wieder aufzunehmen. Kern des Streikes

---

32) Ähnlich weit faßt neuerdings Nikisch den Begriff des Arbeitskampfes. Nach Nikisch (a. a. O. S. 27) sind „alle, aber auch nur solche Kämpfe als Arbeitskämpfe zu bezeichnen, bei denen der Versuch gemacht wird, durch vorsätzliche Schädigung des Gegners und den dadurch auf ihn ausgeübten Druck eine das Arbeitsleben betreffende Frage in einem den Angreifer günstigen Sinne zu lösen . . ." Der Natur des Kampfmittels selbst ist hiernach keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen.

33) Klotz a. a. O. S. 146.

34) Boehmer a. a. O. S. 529.

35) Hueck-Nipperdey S. 578 ff.

ist daher die Niederlegung der Arbeit, die als solche mit und ohne Kündigung möglich ist[36]). Ob mit der kampfesmäßigen Einstellung der Arbeit eine Kündigung verbunden und gewollt war, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Die Verweigerung der Arbeit selbst bedeutet jedenfalls noch keine Kündigung. Das gleiche gilt von der Anzeige[37]), die Niederlegung der Arbeit zwecks Einleitung eines Arbeitskampfes stehe bevor. Die Auflösung der Einzelarbeitsverträge tritt erst dann ein, wenn die Arbeitnehmer mit der massenweisen wirtschaftswidrigen Verweigerung der Arbeit die Kündigung der Einzelarbeitsverträge verbinden oder wenn die Arbeitgeber die Niederlegung der Arbeit durch die Mitglieder der kämpfenden Gewerkschaften mit der sofortigen Kündigung beantworten. Die Aussperrung ist die planmäßige wirtschaftswidrige Vorenthaltung der Arbeitsplätze durch die Arbeitgeber zwecks Erzielung günstiger Wirtschafts- und Produktionsbedingungen mit dem Willen, nach Erreichung des Kampfzweckes die im Arbeitskampf stillgelegten Betriebe wieder zu öffnen und die entlassenen Arbeitnehmer wieder einzustellen. Im Gegensatz zur h. M. muß auch im Falle der Aussperrung daran festgehalten werden, daß die Aussperrung die Vornahme von Kündigungen nicht zur Voraussetzung hat[38]). Die Kündigung wird in der Praxis zwar regelmäßig mit der Aussperrung verbunden, um die Rechtsnachteile, die sich aus § 615 BGB. ergeben, auszuschalten. Begriffsnotwendig ist aber lediglich die mit dem Kampfziel verbundene planmäßige Verweigerung der Arbeitsgelegenheit. Die Aussperrung braucht ebensowenig wie der Streik von den Tarifparteien selbst auszugehen[39]). Es genügt, wenn ein oder mehrere Arbeitgeber unter Duldung des Tarifverbandes ihre Arbeitnehmer zwecks Änderung oder Aufhebung des Tarifes aussperren[40]). Die Untersuchung von Streik und Aussperrung

---

36) RAG. VI Nr. 83, Hueck-Nipperdey II 571. RAG. IV Nr. 36. Anderer Ansicht Kaskel a. a. O. 376.

37) Hueck-Nipperdey S. 571.

38) A. A. Kaskel S. 380, RAG. II 66 wie hier RAG. VI Nr. 83, Hueck-Nipperdey II S. 572.

39) Kaskel S. 381.

40) Kaskel S. 383.

bestätigt daher, daß die Vornahme von Kündigungen für das Vorliegen eines Arbeitskampfes nicht erforderlich ist. Damit fällt die Beschränkung, die nach der Boehmer'schen Lehre der Anerkennung einer Realisierungspflicht entgegensteht. Die Frage, ob die Einzelarbeitsverhältnisse im Arbeitskampf zur Auflösung gelangt sind, ist für den Inhalt der Friedenspflicht nicht von ausschlaggebender Bedeutung [41]).

Neben Streik und Aussperrung tritt als drittes Kampfmittel im Arbeitskampf der Boykott, d. h. die planmäßige Absperrung des sozialen Gegenspielers vom geschäftlichen Verkehr durch Ablehnung von Vertragsabschlüssen oder Aufforderung zu solcher Ablehnung zwecks Erreichung eines bestimmten Kampfzieles. Auf Seiten der Arbeitgeber tritt der Boykott in der Form der Einstellungssperre, auf Seiten der Arbeitnehmer in der Form der Zuzugssperre auf [42]). Die Arbeitgeber weigern sich, die entlassenen Arbeitnehmer wieder einzustellen, die Arbeitnehmer, mit den boykottierten Arbeitgebern Arbeitsverträge abzuschließen. Der Boykott ist unabhängig von der Kündigung. Er setzt die Lösung der Einzelarbeitsverträge voraus, deren Erneuerung im Wege der Sperre verweigert wird. Ziel und Zweck des Boykotts ist in der Regel die Maßregelung des sozialen Gegenspielers [43]). Wird aber die Sperre von den wirtschaftlichen Organisationen als Waffe im Arbeitskampf gebraucht, um auf den Gegner einen wirtschaftlichen Druck auszuüben, so ist ähnlich wie bei Streik und Aussperrung das bei diesen erforderliche Kampfziel begriffsnotwendig. Bei Nichterneuerung der im Arbeitskampf gelösten Einzelarbeitsverträge sind folgende Arbeitskampftypen zu unterscheiden: 1. der organisierte Verbandsboykott: der Arbeitgeberverband fordert seine Mitglieder auf, die Betriebe nicht wieder zu öffnen und die entlassenen Arbeitnehmer nicht wieder einzustellen. Die Gewerkschaft hält ihre Mitglieder an, die Arbeit nicht wieder aufzunehmen und die erloschenen Arbeitsverträge nicht wieder zu erneuern. 2. Der passive oder geduldete Boykott

41) Klotz S. 146.

42) Kaskel S. 381.

43) A. A. Kaskel S. 385. Richtig Huecк-Nipperdey II, S. 574, Anm. 21 und Nikisch S. 26 ff.

besteht in der nicht verbandsmäßig organisierten, aber tarifwidrig geduldeten planmäßigen Nichterneuerung der erloschenen Einzelarbeitsverträge. Er setzt auf seiten der Arbeitgeber die bewußte und gewollte Nichtöffnung der Betriebe durch einzelne Gruppen von Arbeitgebern bezw. einen Arbeitgeber, insoweit dieser einen erheblichen Teil der tarifunterworfenen Arbeiter beschäftigt [44]), unter bewußter Duldung oder Unterstützung durch den Tarifverband voraus. Auf Seiten der Arbeitnehmer besteht der passive Boykott in der bewußten Meidung von Betrieben bestimmter Arbeitgeber durch die Mitglieder der Gewerkschaft, eine von mehreren, gemeinsam als Tarifpartei auftretenden Gewerkschaften, eine Belegschaft, und unter gewissen Voraussetzungen auch durch einige mit besonders wichtigen Funktionen betraute Arbeitnehmer (Vorarbeiter, Werkmeister, Spezialarbeiter) [45]). Der Tatbestand des tarifwidrigen Arbeitskampfes setzt aber stets die Duldung oder Unterstützung des Tarifverbandes sowie als Kampfziel die Aufhebung oder Änderung des bestehenden Tarifes voraus [46]). Danach stellt die planmäßige Absperrung des Gegners vom Arbeitsmarkt als solche schon, wenn sie als Kampfmaßnahme auf Erreichung eines tariflich relevanten Kampfzieles gerichtet ist, den Tatbestand eines Boykotts dar. Die Sperre setzt also nicht, wie K a s k e l annimmt, im Gegensatz zu Streik und Aussperrung begrifflich drei Parteien, nämlich einen Boykottierer, einen Boykottierten und einen Boykottanten voraus. Boykottierer und Boykottant können, wie das häufig beim Firmentarif der Fall ist, identisch sein. Es fragt sich nur, ob man den Tatbestand der Sperre, soweit Boykottierer und Boykottant im einzelnen Falle identisch sind, noch als Boykott im technischen Sinne bezeichnen kann. Die „Absperrung" unterscheidet sich von der Aussperrung nur insoweit, als sich die letztere auf laufende, die erstere auf gelöste Arbeitsverhältnisse bezieht. In dieser Form der Sperre ist eine boykottähnliche Form des Arbeitskampfes zu erblicken, die sich rechtsdogmatisch auf der Mitte zwischen Aussperrung und Boykott im technischen Sinne bewegt.

44) K l o t z S. 149.

45) K a s k e l S. 374 Anm. 4.

Ist die tarifliche Friedenspflicht die Pflicht der Tarifparteien zur Verwirklichung und Aufrechterhaltung des Wirtschaftsfriedens und erfüllt die kampfweise Nichtöffnung der im Arbeitskampf brachgelegten Betriebe sowie die kampfweise Verweigerung der Wiederaufnahme der Arbeit den Tatbestand eines Arbeitskampfes, so enthält die Friedenspflicht mittelbar eine Realisierungspflicht.

§ 5.

Die Realisierungspflicht als Ausfluß der tariflichen Friedenspflicht.

Die Realisierungspflicht als Ausfluß der tariflichen Friedenspflicht verbietet beim Verbandstarif den Tarifparteien negativ, ihre Mitglieder zur Nichterneuerung der im Arbeitskampf erloschenen Einzelarbeitsverträge zum Zwecke der kampfweisen Aufhebung und Änderung des Tarifes aufzufordern, oder sie bei selbständiger Sperre zu fördern und zu unterstützen. Positiv verpflichtet die Realisierungspflicht die Tarifparteien, mit allen verbandsrechtlich ihnen zu Gebote stehenden Mitteln für die Wiederöffnung der Betriebe bezw. die Wiederaufnahme der Arbeit einzutreten und ihre Mitglieder von der Einleitung oder Fortsetzung einer Sperre abzuhalten, falls diese zum Zweck des Arbeitskampfes erfolgt [47]). Die aus der Friedenspflicht erwachsene Realisierungspflicht ist als Unterlassungspflicht eine Verpflichtung, die von den Tarif-

---

46) Ähnlich Nikisch S. 98, 99 A. 46.

47) Während Nikisch an einer Stelle (a. a. O. S. 85) behauptet, die Realisierungspflicht sei eine reine Unterlassungspflicht, „der zufolge Maßnahmen zu unterlassen seien, die das Zustandekommen von Arbeitsverträgen mit tarifbeteiligten Personen der Gegenseite und damit die Realisierung des Tarifvertrages verhindern sollen", erklärt er auf S. 84 a. a. O. die Tarifparteien beim Verbandstarif für verpflichtet, ihren Mitgliedern die Fortführung solcher Maßnahmen zu untersagen. Dieser Verpflichtung kann der Tarifverband praktisch gesehen nur dadurch nachkommen, daß er auf seine Mitglieder einwirkt, die Arbeit wieder aufzunehmen bezw. die Betriebe zu öffnen. Die Verpflichtung der Tarifparteien, nicht ihre Mitglieder zur Nichterneuerung der gelösten Arbeitsverträge aufzufordern, bedeutet in ihrer doppelten Negation nichts anderes als eine Bejahung einer positiven Einwirkungsverpflichtung.

parteien ohne Bezugnahme auf Dritte zu erfüllen ist. Soweit die Realisierungspflicht den Tarifparteien positiv eine Handlungsverpflichtung auferlegt, beschränkt sich diese Verpflichtung beim Verbandstarif auf eine bloße Einwirkung auf die Verbandsmitglieder. Diese Einwirkung haben die Tarifparteien unter Einsetzung aller ihnen zu Gebote stehenden Verbandsmittel zu betreiben. Die Pflicht zum positiven Handeln steigert sich beim Verbandstarif nicht zu einer Gewähr- oder Garantiepflicht für die Wiedereröffnung der stillgelegten Betriebe und die Wiederaufnahme der Arbeit. Eine so weitgehende Verpflichtung würde dem Willen der Tarifparteien widersprechen und ihre wirtschaftliche Macht übersteigen [48]). Die Tarifparteien haben nur die schuldhafte Nichteinwirkung, nicht aber den tatsächlichen Erfolg ihrer Einwirkung zu vertreten. Ebensowenig haftet die Tarifpartei ohne ausdrückliche Vereinbarung für den Schaden, der durch die faktische Nichtrealisierung trotz Einwirkung von seiten des Verbandes dem Tarifgegner entstanden ist. Sowohl die positive als auch die negative Realisierungspflicht sind echte, voll klagbare Pflichten und nicht Naturalobligationen [49]). Die Realisierungspflicht kann durch Klage auf Erfüllung sowie bei Nichterfüllung gegebenenfalls durch Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erzwungen werden [50]). Der positiven Einwirkungsklage kann der beklagte Verband nur den Einwand entgegensetzen, er habe alle ihm verbandsrechtlich zu Gebote stehenden Verbandszwangsmittel gegen seine widerspenstigen Mitglieder — wenn auch vergeblich — eingesetzt. Die Realisierungspflicht steigert sich beim Werkstarif zu einer Unterlassungspflicht des Werkinhabers, die praktisch nur durch positive Wiedereinstellung von Arbeitnehmern erfüllt werden kann. Die einzige Einschränkung gegenüber der aus der Wiedereinstellungsklausel beim Werkstarif sich ergebenden Realisierungspflicht ist die, daß der Werksinhaber beim Fehlen der Wiedereinstellungsklausel nur dann zur

48) Kaskel Tarifbruch S. 22, Sinzheimer Arbeitsnormenvertrag II S. 172 f., Nipperdey Beiträge S. 171, Lange Schlichtungswesen 1924 S. 6, Heß a. a. O. S. 34.

49) Dersch K. z. Schl. VO. § 6 Anm. 7 c.

50) RGZ. 118, 196.

Wiedereinstellung verpflichtet ist, wenn die Nichtwiedereinstellung den Tatbestand eines Arbeitskampfes darstellt.

Enthalten also Werks- und Verbandstarif auch bei Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel eine Realisierungspflicht im Hoeniger'schen Sinne, so ist im Gegensatz zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung [51]) die Realisierung nicht Voraussetzung, sondern Gegenstand der tariflichen Friedenspflicht. Der Wirtschaftsfrieden ist erst dann wiederhergestellt, wenn nicht im Wege des Arbeitskampfes die Wiederaufnahme der Arbeit und die Öffnung der Betriebe verweigert wird. Da die Friedenspflicht die Beilegung des Arbeitskampfes und die Verwirklichung und Aufrechterhaltung des Wirtschaftsfriedens zum Ziele hat, bricht die These des Reichsgerichts, die Friedenspflicht setze die Realisierung voraus, in sich zusammen. Ob ein Tarif realisiert wird oder nicht, ist nicht der Willkür der Tarifparteien und ihrer Mitglieder überlassen [52]). Ist aber die Realisierungspflicht Ausfluß der tariflichen Friedenspflicht, so ist abgesehen von einer Wiedereinstellungsklausel für eine selbständige, unabhängig neben der Friedenspflicht bestehende Realisierungspflicht kein Raum. Die neuerdings von Nikisch [53]) angenommene Realisierungspflicht geht über den Umfang der aus der Friedenspflicht selbst sich ergebenden Realisierungsverpflichtung hinaus. Nikisch verweist dabei auf den Fall, daß nach Abschluß eines Tarifvertrages bezw. nach Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs die Arbeitgeber zwar die Betriebe wieder öffnen, jedoch unter Ausschließung der tarifbeteiligten Arbeitnehmer nur mit un- oder andersorganisierten Arbeitnehmern neue Arbeitsverhältnisse abschließen. Ein ähnlicher Fall wird nach Nikisch auf Seiten der Arbeitnehmer wesentlich seltener sein, da angesichts des Überwiegens von Verbandstarifen die einzelnen Arbeitnehmer oft garnicht die Möglichkeit besitzen, zu einem anderen Arbeitgeber der gleichen Branche herüber zu wechseln, der sie unter günstigeren

---

51) so auch Nikisch S. 89 — (dagegen LAG. Berlin Urteil vom 5. XII. 1931) — zitiert bei Nikisch ebendort).

52) Anderer Ansicht für den Zwangstarif Hoeniger NZfA. 1929 Sp. 277 f.

53) Nikisch Friedenspflicht, Durchführungspflicht und Realisierungspflicht S. 84 f.

tariflichen Bedingungen beschäftigen könnte. Eine Ausnahme wäre jedoch für den Fall praktisch denkbar, daß bei einem Außenseiter ein Firmentarif bestände und die Gewerkschaft ihre Mitglieder veranlassen würde, die Arbeit in dem alten Betrieb nicht wieder aufzunehmen, da ihnen nicht zugemutet werden könne, unter den Bedingungen des Tarifes zu arbeiten. Die Auffassung Nikischs verdient insoweit Zustimmung, als er bei dieser Form der Tarifverletzung keine Verletzung der Friedenspflicht als gegeben annimmt. Mag es sich auch um eine nicht minder schwere Sabotierung des Tarifes handeln, so liegt auf Seiten der Tarifparteien doch nicht die Absicht vor, den Tarifvertrag zu beseitigen und die Gegenseite zum Abschluß eines neuen günstigeren Tarifvertrages zu zwingen. Fehlt aber diese Absicht, so liegt kein Arbeitskampf im technischen Sinne und damit auch keine Verletzung der Friedenspflicht vor. Trotzdem besteht kein Zweifel, daß der Tarifvertrag verletzt ist. Es wird angesichts der besonderen Konstruktion der Friedenspflicht oft übersehen, daß der Tarifvertrag in seiner Eigenschaft als kollektives Arbeitsabkommen eben doch ein Vertrag ist mit allen rechtlichen Folgerungen, die sich aus den Vorschriften der §§ 241 f. BGB. ergeben. Das will besagen, daß außer der Friedenspflicht jedem Vertragsteil beim Tarifvertrag die Verpflichtung erwächst, nicht nur alles zu tun, um den Vertragszweck zu erreichen, sondern darüber hinaus auch alles zu unterlassen, was den Vertragszweck zu gefährden geeignet erscheint[54]). Diese Verpflichtung der Tarifsparteien zur Vertragstreue besteht auch neben und über die tarifliche Friedenspflicht hinaus. Gerade diese aus jedem schuldrechtlichen Vertrage unmittelbar sich ergebende Verpflichtung ist in den von Nikisch erwähnten Fällen verletzt. Soweit also die tarifliche Friedenspflicht und die allgemeine Verpflichtung der Tarifparteien zur Vertragstreue inhaltlich sich decken, hat nur die erstere als speziellere Verpflichtung als verletzt zu gelten. Die Verletzung des Tarifvertrages stellt daher, soweit sie über die Friedenspflicht hinausgeht, eine Verletzung der Vertragstreue dar. Diese über die Friedenspflicht hinausgehende Verpflichtung

54) Komm. der Reichsgerichtsräte Bd. I. S. 360 Anm. 2 zu § 241 BGB.

der Tarifparteien bezeichnet Nikisch als Realisierungspflicht. Es darf dabei aber nicht übersehen werden, daß diese Verpflichtung der Tarifparteien neben der Friedens- und Durchführungspflicht keine selbständige Bedeutung besitzt, sondern vielmehr ihren Rechtsgrund in der allgemeinen Unterlassungspflicht besitzt, die jedem schuldrechtlichen Vertrage auch ohne ausdrückliche Vereinbarung durch die Parteien notwendig innewohnt [55]). Die jedem Tarif notwendig immanente Realisierungspflicht, die sich als Ausfluß der Friedenspflicht ergeben hat, unterscheidet sich von der ausdrücklich vereinbarten Wiedereinstellungsklausel durch drei entscheidende Merkmale:

1. Die Wiedereinstellungskausel ist im Gegensatz zur Realisierungpflicht unabhängig von dem Bestehen eines Arbeitskampfes. Die Nichterneuerung der im Arbeitskampf zur Auflösung gelangten Arbeitsverhältnisse stellt auch dann den Tatbestand eines Tarifbruches dar, wenn beim Verbandstarif die von den Verbänden empfohlene oder geduldete Nichterneuerung der Arbeitsverträge nicht die Voraussetzungen einer Einstellungs- oder Zuzugssperre erfüllt. Besteht eine Wiedereinstellungsklausel, so bedeutet jede Weigerung einzelner Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, dieser Anordnung nachzukommen, gleichgültig aus welchem Grunde sie erfolgt, für den Verband, der nicht die Erfüllung seiner Einwirkungspflicht nachweist, eine Verletzung seiner Tarifpflicht, für die er einzustehen hat. Die Realisierungspflicht, die sich aus der tariflichen Friedenspflicht ergibt, wird im Gegensatz zur Wiedereinstellungsklausel also erst dann akut, wenn die Nichterneuerung der Arbeitsverträge den Tatbestand eines Arbeitskampfes darstellt.

2. Bei Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel sind beim Verbandstarif die Tarifparteien nicht verpflichtet, auf ihre Mitglieder im Sinne der Erneuerung gerade der im Arbeitskampf erloschenen Einzelarbeitsverträge einzuwirken [56]). Die Tarif-

---

55) Die Frage, ob bei dieser negativen Unterlassungspflicht eine selbständige Klagbarkeit auf Unterlassung anzunehmen ist, wird von der h. Meinung verneint. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte A. 2 zu § 241 beschränkt den Gläubiger hier auf die Rechte aus den §§ 280, 325, 286, 326 BGB.

56) Richtig Klotz S. 148 u. Nikisch S. 81, 83.

verbände sind erst dann verpflichtet, auf ihre Mitglieder im Sinne der Erneuerung gerade dieser Einzelarbeitsverträge einzuwirken, wenn eine Realisierungspflicht in der Form der Wiedereinstellungsklausel ausdrücklich vereinbart ist. Dagegen haben die Tarifverbände ihrer aus der tariflichen Friedenspflicht sich ergebenden Realisierungspflicht bereits dann genügt, wenn grundsätzlich keine Absperrung der Mitglieder des boykottierten Verbandes vorliegt, wenn also irgendwelche Arbeitsverhältnisse zwischen den Mitgliedern der Tarifparteien zum Abschluß kommen, so daß die Tarifsatzung als solche zu lebendiger Wirksamkeit gelangt [57]).

3. Die Wiedereinstellungsklausel ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter [58]), auf Grund dessen jedes Verbandsmitglied neben seinem Verbande einen Anspruch auf Erwirkung der Erneuerung der im Arbeitskampf erloschenen Arbeitsverhältnisse gegen den gegnerischen Verband selbständig geltend machen kann. Die Wiedereinstellungsklausel wird im wesentlichen im Interesse der einzelnen Verbandsmitglieder und erst sekundär im Kollektivinteresse der beteiligten Verbände vereinbart. Im Gegensatz zur Wiedereinstellungsklausel bezweckt die aus der Friedenspflicht sich ergebende Realisierungspflicht im kollektiven Gesamtinteresse der tarifbeteiligten Verbände, den Bestand des Tarifes zu erhalten und die Tarifsatzung zu lebendiger Wirksamkeit zu bringen. Die Begünstigung der einzelnen

---

57) Natürlich kann, wie Nikisch richtig betont, keine Rede davon sein, daß der Arbeitgeber beim Firmentarif auf Grund der Realisierungspflicht verpflichtet ist, einen bestimmten Prozentsatz tarifbeteiligter Arbeitnehmer einzustellen oder zu beschäftigen, und daß beim Verbandstarif der Arbeitgeberverband auf die Beschäftigung eines bestimmten Prozentsatzes tarifbeteiligter Arbeitnehmer bei seinen Mitgliedern hinzuwirken habe. (Richtig Nikisch a. a. O. S. 84, a. A. LAG. Darmstadt vom 11. 10. 30, Bensheimer Bd. XII S. 26). Nikisch behauptet aber zu Unrecht, es sei sehr wohl möglich, daß ein Arbeitgeber nicht einen einzigen tarifbeteiligten Arbeitnehmer einstelle, ohne daß beim Verbandstarif der Tarifverband Veranlassung hätte, auf den die tarifbeteiligten Arbeitnehmer „absperrenden" Arbeitgeber einzuwirken. Diese Einwirkungsverpflichtung ergibt sich wie bereits dargelegt, aus der jedem Tarifvertrag auch ohne ausdrückliche Vereinbarung innewohnenden Pflicht zur Vertragstreue.

58) Richtig Noerpel a. a. O. S. 375 u. Nikisch a. a. O. S. 84.

Verbandsmitglieder, die sich aus der grundsätzlichen Realisierung des Tarifes ergibt, ist lediglich ein Reflex der Kollektivbegünstigung der Tarifverbände und gewährt dem einzelnen tarifunterworfenen Verbandsmitgliede keinen individuellen Anspruch gegen den gegnerischen Verband [59]). Abgesehen von dem Fehlen eines Individualanspruchs der Verbandsmitglieder bei Verletzung der aus der Friedenspflicht sich ergebenden Realisierungspflicht und der inhaltlichen Verschiedenartigkeit der beiden tariflichen Pflichten ist der Unterschied, der sich daraus ergibt, daß die Verletzung der Wiedereinstellungsklausel den Tatbestand eines Arbeitskampfes nicht voraussetzt, nicht sonderlich groß [60]).

---

59) Anderer Ansicht Hueck-Nipperdey II 289 ff., insbesondere A. 17, 18, 23.

60) Nipperdey NZfA. 750, Bensheimer V 263, Hoeniger a. a. O. 539 ff.

2. KAPITEL.

Realisierungszwang und Tarifparteien.

§ 1.

Die Nichtzumutbarkeit.

Die Befürworter einer aus der Friedenspflicht sich ergebenden, jedem Tarife notwendig immanenten Realisierungspflicht haben diese tarifliche Verpflichtung wesentlichen Einschränkungen unterworfen. Zwei dieser Einschränkungen sind in dieser Arbeit bereits grundsätzlich anerkannt worden: die praktisch kaum in die Wagschale fallende Abhängigkeit der Realisierungsverpflichtung von dem Vorliegen eines Arbeitskampfes sowie die Tatsache, daß sich beim Verbandstarif die positive Seite der Realisierungspflicht in einer Einwirkungsverpflichtung erschöpft. Die letztgenannte Einschränkung gilt nicht für den Arbeitgeber beim Firmentarif, bei dem die Realisierungspflicht praktisch einer positiven Einstellungsverpflichtung gleichkommt.

Flatow[1]) hat unter ausdrücklicher Ablehnung eines im Wege der Verbindlicherklärung verhängten staatlichen Produktionszwanges den Tarifverbänden das Recht eingeräumt, sich gegenüber dem Zwangstarif auf die Untragbarkeit der tariflichen Arbeits- und Produktionsbedingungen zu berufen, falls die Untragbarkeit für das gesamte Gewerbe besteht. Danach könnte der Arbeitgeberverband gegenüber der Klage der gegnerischen Tarifpartei die Nichtzumutbarkeit der Realisierung des Zwangstarifes einwenden. Will man nicht einseitig die

1) Arbeitsrechtspraxis 1929.

Arbeitnehmer zugunsten der Arbeitgeber benachteiligen und unter Verneinung eines Produktionszwanges beim Zwangstarif einen Arbeitszwang als gegeben ansehen, so darf man auf den Boden der Flatow'schen Lehre der Arbeitnehmerseite nicht das Recht versagen, sich auch gegenüber einem Zwangstarif auf die Untragbarkeit der Arbeitsbedingungen zu berufen. Nipperdey[2]) schließt die Realisierungspflicht der Tarifparteien für den Fall aus, daß der Tarifverband kein Interesse an Arbeitsverträgen auf tariflicher Grundlage hat[3]). Legt man bei Prüfung der Nipperdey'schen Auffassung den Wortlaut seines Einwandes zugrunde, so muß man von vornherein das mangelnde Interesse eines Tarifverbandes als Lösungsgrund ausschließen.

Mangelndes Interesse ist weder beim freiwilligen Tarifvertrag noch beim Zwangstarif ein Grund zur Ausschließung einer Verpflichtung. Das mangelnde Interesse einer Partei wird im Schlichtungsverfahren gerade im Wege der staatlichen Verbindlicherklärung überwunden und die Tarifparteien mittels hoheitlichen Zwanges in ein Tarifverhältnis eingewiesen. Legt man den Nipperdey'schen Einwand sinngemäß aus, und setzt man bei den Tarifparteien dann ein Interesse am Abschluß von Einzelarbeitsverträgen voraus, wenn die im Zwangstarif vorgesehenen Arbeits- und Produktionsbedingungen objektiv tragbar sind, so ergibt sich, daß sich die von Nipperdey und Flatow zugelassenen Einwände im wesentlichen decken. Sind die im Wege eines Zwangstarifs für die Tarifparteien rechtsverbindlich erklärten Arbeits- und Produktionsbedingungen tragbar, so kann die Erfüllung der tariflichen Pflichten den Tarifparteien auch zugemutet werden. Nach Nipperdey und Flatow sind die Tarifparteien zur Verwirklichung eines Zwangstarifes nur dann verpflichtet, wenn die Arbeits- und

---

2) Bensheimer V S. 273, A. v. Nipperdey, derselbe NZfA. 1929 S. 750.

3) Nipperdey gestattet den Verbänden (vgl. Anm. 2) zu „resignieren". Nach seiner Auffassung sind die Mitglieder der Tarifparteien nur verpflichtet, ihre Mitglieder anzuhalten, nicht im Kampf gegen den Tarif den Betrieb zu sperren oder die Aufnahme der Arbeit zu verweigern. Es steht ihnen aber nach Nipperdey frei, den Kampf aufzugeben und aus dem Wirtschaftsleben auszuscheiden. Dieser Standpunkt kann nicht anerkannt werden. Denn praktisch führt die Haltung der Tarifparteien gleichfalls zu einer Sabotierung des Tarifes, die zu verhindern gerade Aufgabe der tariflichen Friedenspflicht ist.

Produktionsbedingungen zumutbar sind. Diese Auffassung begegnet schweren Bedenken. Zunächst fragt es sich, ob sich eine Tarifpartei beim Verbandstarif auf eine, wenn auch nachträglich eintretende Nichtzumutbarkeit berufen kann, wenn der Grund der überobligationsmäßigen Schwierigkeit, die Untragbarkeit der Arbeits- und Produktionsbedingungen für ein bestimmtes Gewerbe, primär nur in der Sphäre der einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorliegt [4]). Ob der im Wege der Verbindlicherklärung statuierte Lohn eine auskömmliche Lebenshaltung gewährleistet, oder ob die Betriebe unter dem Druck der Produktionsbedingungen eines Zwangstarifes zum Erliegen kommen, berührt zunächst nur die Interessen der Verbandsmitglieder, nicht aber die Belange der Verbände selbst. Die Frage, welche Rechtsbehelfe der einzelne Arbeitgeber oder Arbeitnehmer gegenüber den für sie untragbaren Arbeitsbedingungen des Zwangstarifes besitzt, steht hier nicht zur Erörterung. Man wird jedoch der Natur der arbeitsrechtlichen Verbände und ihrer gemäß Artikel 165 RV. verfassungsrechtlich anerkannten Aufgabe der kollektiven Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht gerecht, wenn man die Frage der Untragbarkeit bezw. der Nichtzumutbarkeit eines Tarifes isoliert aus der Sphäre der einzelnen Verbandsmitglieder heraus entscheidet. Die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften sind die Träger des kollektiven Arbeitsrechts. Sie schaffen durch kollektive Vereinbarungen das Recht, welches für die Einzelarbeitsvertäge gelten soll. Da die arbeitsrechtlichen Verbände trotz ihrer gesetzlichen Aufgabe dem freien Organisationsrecht unterliegen und keine Zwangsverbände im Brentano'schen Sinne sind [5]), können sie ihrer gesetzlichen Funktion nur dann gerecht werden, wenn sie sich im Rahmen des Vertretbaren für die Interessen ihrer Mitglieder einsetzen. Ein Verband würde sich bei wirklich grundlegender Veränderung der Voraussetzungen, die dem Abschluß des Tarifvertrages zugrundelagen, sozialpolitisch disqualifizieren, wenn er sich mit aller seiner Kraft beispielsweise für die Aufrechterhaltung einer

4) verneinend Klotz S. 147.

5) Brentano Mein Leben im Kampf um die soziale Entwicklung Deutschlands S. 386 f.

für seine Mitglieder ruinösen Produktion einsetzen würde. Die Verknüpfung der Individualinteressen der einzelnen Verbandsmitglieder mit den Kollektivinteressen des Tarifverbandes ist eine derart enge, daß die Frage der Untragbarkeit für Mitglieder und Verband in gleicher Weise beantwortet werden muß.

Weit bedenklicher dürfte die Konstruktion einer anfänglichen Nichtzumutbarkeit selbst sein. Flatow und Nipperdey stützen sich auf die Untersuchungen Krückmanns und Sibers über die Frage der wirtschaftlichen Unmöglichkeit. Siber[6]) und Krückmann[7]) geben dem Schuldner bei überobligationsmäßiger Schwierigkeit der Leistung und bei überwiegendem (gewichtigem) Gegeninteresse ein Lösungsrecht vom Vertrage und zwar selbst dann, wenn die überobligationsmäßige Schwierigkeit bezw. das überwiegende Gegeninteresse des Schuldners bereits bei Abschluß des Vertrages vorliegen. Beide Autoren lehnen aber die Gleichsetzung von objektiver und wirtschaftlicher Unmöglichkeit, wie sie heute vielfach vertreten wird, ab[8]) und sehen die Grenze der vertraglichen Erfüllungspflicht des Schuldners in der sog. Zumutbarkeit. Diese Grenze ergibt sich nach Siber aus einer Interpretation des Vertrages auf Grund der Auslegungsregeln der §§ 242, 157 BGB.[9]) [10]). Die außergewöhnliche Schwierigkeit bezw. das erhebliche Gegeninteresse des Schuldners begründen nach Siber ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners und nur in ganz besonders krassen Fällen eine Befreiung zur ipso iure[11]).

---

6) Kommentar Planck-Siber II S. 206, 207, 208.

7) A. f. Ziv. Pr. 101, 1 ff. Jherings J. 57, 93 ff., 59, 128 ff., 233 ff.

8) Siber 204, Krückmann, Archiv f. Ziv. Pr. 101. Die praktische Vernunft, die Krückmann der sog. reinen Vernunft gegenüberstellt, unterscheidet sich allerdings nicht wesentlich von der wirtschaftlichen Unmöglichkeit. Ähnlich Hölder, Recht 1911, S. 671 ff.

9) Anwendungsfälle dieses Prinzips ergeben sich nach Siber aus folgenden Einzelvorschriften des BGB. 251 Abs. 2, 633 Abs. 2, 966 Abs. 2, 2107 Abs. 2, S. 2 etc.

10) Als erhebliche Gegeninteressen erkennt Siber auch reine Vermögensinteressen an, a. a. O. S. 207-8.

11) Eine ipso iure Lösung vom Vertrage befürwortet Siber nur für den Fall, daß selbst das bewußte Versprechen einer Leistung unter Verletzung eines Gegeninteresses gegen die guten Sitten verstößt.

Krückmann [12]) vertrat ursprünglich den Standpunkt, die clausula rebus sic stantibus habe auch nach Inkrafttreten des BGB. ihre Geltung nicht verloren [13]). Auf Grund nachträglich eintretender Umstände, die für die Gestaltung des Vertrages von Bedeutung gewesen wären, wenn sie schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorgelegen hätten oder erkannt worden wären, gibt Krückmann dem Schuldner eine sog. Einrede aus entgegenstehendem gewichtigen Interesse" [14]).

Neuerdings hat Krückmann seine ursprüngliche Auffassung einer Revision unterzogen. Nunmehr sollen auch die nicht bewußt zum Geschäftsinhalt erhobenen Voraussetzungen einer Partei als sog. virtueller Vorbehalt Berücksichtigung finden. Die durch den Nichteintritt bezw. den Wegfall der Voraussetzung beschwerte Partei soll das Recht haben, ihre Leistungen, — und als solche gelten auch ihre Verpflichtungserklärungen — auf Grund von § 812 Abs. I S. 2 Halbs. 2 zu kondizieren, falls es der Partei nicht zuzumuten sei, ihren Fehlschlag selbst zu tragen [15]) [16]). Die Gegenmeinung wird im Kommentar zum BGB. von Staudinger dahin präzisiert, daß eine Leistung auch dann juristisch unmöglich sei, wenn ihrer Erfüllung solche Hindernisse im Wege ständen, daß sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung nicht zugemutet werden könne [17]). Die überobligationsmäßige Schwierigkeit wird hier neben der objektiven Unmöglichkeit als Unterfall der juristi-

---

12) Krückmann clausula rebus sic stantibus S. 283, 287.

13) Ablehnend Enneccerus-Lehmann 1932 S. 159, Komm. von Planck § 610 A. 5, Staub Komm. zu § 374 HGB. A. 48 f.

14) Krückmann, Jherings Jahrb. Bd. 59 S. 128 f., 233 f., Archiv f. ziv. Pr. Bd. 101 S. 5 f.

15) Krückmann Archiv f. ziv. Pr. Bd. 132 S. 157 f., Bd. 133, S. 1 f., 257 f.

16) Die Lehre Krückmanns begegnet mit Recht dem Einwand, daß sie einseitige Vorstellungen einer Partei zum Geschäftsinhalt erhebt. Im Einzelfalle kann unter Umständen eine Auslegung der beiderseitigen, wenn auch nur stillschweigenden Vertragserklärungen zur Anerkennung eines virtuellen Vertragsvorbehaltes führen. Niemals berechtigt aber eine einseitige, der Gegenseite nicht erkennbare, Vorstellung einer Partei zu einer so weitgehenden Berücksichtigung, wie sie Krückmann dem virtuellen Vorbehalt angedeihen läßt

17) Komm. zum BGB. von Staudinger Bd. 2 S. 250 f., 277 f., Komm. d. Reichsgerichtsräte S. 367 f., S. 477 f., mit Literaturangaben, vgl. auch Enneccerus-Lehmann (1932) § 29 Abs. I 3 S. 116 f.

schen Unmöglichkeit behandelt und auf diese die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts über die Unmöglichkeit direkt oder indirekt angewandt. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist in dieser Frage überaus schwankend gewesen. Eine Zeitlang hat das Reichsgericht unter Ablehnung einer allgemeinen clausula rebus sic stantibus [18]) den Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit bei außerordentlich tiefgreifender Änderung der Wirtschaftslage unter Anwendung der §§ 275, 325 BGB. verwertet [19]), diese Rechtsprechung aber bereits in seiner Entscheidung in RGZ. 103, 177 aufgegeben. In dieser Entscheidung hat der zweite Zivilsenat den Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Unmöglichkeit als zu eng bezeichnet und aus dem Wesen des Synallagmas eine beschränkte Geltung der gemeinrechtlichen clausula rebus sic stantibus hergeleitet. Tritt infolge unvorhergesehener Umstände eine so grundlegende Verschiebung der Wertverhältnisse der in synallagmatischer Verknüpfung sich gegenüberstehenden Leistungen ein, daß die eine Leistung nicht mehr als Äquivalent der anderen anzusehen ist, so kann die durch die Wertverschiebung benachteiligte Vertragspartei entweder die Erhöhung der Gegenleistung verlangen oder bei Verweigerung der Erhöhung vom Vertrage zurücktreten.

In einer Reihe von früheren Entscheidungen [20]) hat das Reichsgericht ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände anerkannt, falls die Leistung auf Grund der Änderung der Wirtschaftslage eine andere geworden war, als sie ursprünglich die Parteien vereinbart hatten, und die Durchführung der Vertragspflicht zum Ruin des Schuldners führen würde. Das Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände wurde schließlich vom Reichsgericht in Anknüpfung an die Oertmann'schen Untersuchungen mit der Änderung der sog. Geschäftsgrundlage begründet [21]), und zwar erstmalig in RGZ. 103, 329. Oertmann baut auf der Windscheid'schen Lehre von der Voraussetzung auf. Geschäftsgrundlage ist „die beim Geschäftsschluß

18) RGZ. 86, 398, 99, 259, RG. Warneyer 1911 Nr. 246.

19) RGZ. 101, 83.

20) RGZ. 94, 46, 68; 98, 18,; 99, 259; 100, 139; 101, 79; 102, 273.

21) RGZ. 103, 329 f., 106, 9 f., 108, 109 f., Warneyer 1923—1924 Nr. 140 S. 167.

zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten“ [22]). Kommt diese Geschäftsgrundlage nachträglich in Wegfall, so hat die dadurch beschwerte Partei das Recht, den Vertrag zu kündigen oder vom Vertrage zurückzutreten.

Welchem der einzelnen Konstruktionsversuche man im einzelnen auch folgt, abgesehen von der Form der Lösung kommen im wesentlichen alle hinsichtlich der nachträglich eintretenden grundlegenden Änderung der Vertragsgrundlage zu dem gleichen Ergebnis. Anders bei der überobligationsmäßigen Schwierigkeit, soweit sie bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses vorlag. Auf diese anfängliche Nichtzumutbarkeit einer an sich theoretisch jedenfalls durchaus möglichen Leistung stützen Flatow [23]) und Nipperdey [24]) das Recht der Tarifparteien, die Realisierung eines Zwangstarifs zu verweigern. Über diese Frage gibt keine der bisher behandelten Theorien Aufschluß. Geht man zunächst vom Gesetz aus, das die Frage der anfänglichen überobligationsmäßigen Schwierigkeit ausdrücklich nicht geregelt hat, so ergibt sich, daß das BGB. die rechtliche Erheblichkeit einer außergewöhnlichen Schwierigkeit für den Bestand einer rechtlichen Verpflichtung, deren Erfüllung an sich theoretisch möglich ist, in einer Reihe von Einzelvorschriften außerhalb der Regelung der juristischen Unmöglichkeit ausdrücklich anerkannt hat (§ 251 II, 519 I, 610 I, 633 II, 671 II, 966 II, 2107 II S. 2 etc.) [25]). Ist ein Schuldner nicht einmal aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung nach § 251 II BGB. zur Wiederherstellung verpflichtet, falls diese nur mit unver-

---

22) Oertmann Geschäftsgrundlage S. 37, 50 f., 125 f., 156 f. Ähnlich mit der Beschränkung auf den Obligationszweck Locher Archiv f. ziv. Pr. Bd. 121 S. 1 f., S. 13, Rhode Archiv f. ziv. Pr. 124, 25 f., Plum Archiv f. ziv. Pr. 130, 214 f.

23) Flatow Arb. Pr. 1929 S. 129 f.

24) Nipperdey NZfA. 1929 S. 750 und RAG. Bensheimer V S. 273.

25) Da § 242 BGB. die einzige gesetzliche Stütze für die Korrektur eines auf eine wirtschaftlich untragbare Leistung gerichteten Vertrages ist, muß bei der Untersuchung der rechtlichen Erheblichkeit einer solchen anfänglichen Nichtzumutbarkeit das wirtschaftliche Interesse der Vertragsparteien gegeneinander abgewogen werden. (RGZ. 102, 273 und Heck, Problem der Rechtsgewinnung S. 95. Begriffsbildung S. 107 f.

hältnismäßig großen Aufwendungen möglich ist, so wird er um so mehr zur Verweigerung einer vertraglichen Leistung berechtigt sein, wenn diese infolge unvorhergesehener Umstände ungewöhnliche Aufwendungen oder Vermögensschädigungen erfordert. Die genannten Bestimmungen sind nicht Einzelvorschriften, sondern geben ein allgemeines Prinzip wieder, das im Gesetze zwar nicht in einer allgemeinen Vorschrift, immerhin aber in Einzelbestimmungen eindeutig genug zum Ausdruck gekommen ist[26]).

Es fragt sich lediglich, welche Folgerungen sich aus dem Vorliegen einer übermäßigen Schwierigkeit der Vertragserfüllung für den Bestand des Vertrages ergeben. Abzulehnen ist die Auffassung, die Begriffe Unmöglichkeit und überobligationsmäßige Schwierigkeit seien, wenn auch nur im juristischen Sinne, identisch[27]) [28]). Die grundsätzliche Gleichstellung von Unmöglichkeit und Nichtzumutbarkeit und damit die generelle Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften steht im Widerspruch zu der Regelung des Bürgerlichen Rechts, das in den zitierten Einzelvorschriften bei ungewöhnlicher Schwierigkeit nur ein Leistungsverweigerungsrecht anerkannt hat. Die Gleichstellung von Unmöglichkeit und überobligationsmäßiger Schwierigkeit verhindert eine dem Grundsatz pacta sunt servanda entsprechende, auf Grund von § 242 BGB. modifizierte Aufrechterhaltung des Vertrages. Ist die vertragliche Leistung im wirtschaftlichen Sinne überobligationsmäßig schwer, so entbindet die Rechtsordnung den Schuldner vielleicht

---

26) Das Unvermögen allein ist als Lösungsgrund vom Vertrage nicht anzusehen. § 275 Abs. 2 BGB. stellt nur das nachträglich eintretende Unvermögen der nachträglichen Unmöglichkeit gleich. Das anfängliche Unvermögen wird vom Gesetzgeber weder im § 275 BGB. als Befreiungsgrund noch im § 306 BGB. als Nichtigkeitsgrund anerkannt. Der Schuldner übernimmt vielmehr bei Eingehen seiner Verpflichtung zur Leistung die Haftung für seine Leistungsfähigkeit zur Zeit des Vertragsabschlusses. Die Abwägung der Interessenlage kann aber zu dem Ergebnis führen, daß eine an sich mögliche Leistung wegen der ungewöhnlichen Schwierigkeiten, die ihrer Erfüllung entgegenstehen, nach Treu und Glauben nicht gefordert werden kann.

27) Siber Komm. S. 204, Enneccerus-Lehmann S. 142, S. 160.

28) Siber a. a. O. S. 210 läßt in besonders kraß gelagerten Fällen eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Unmöglichkeit zu.

von der Pflicht zur Leistung. Es liegt aber kein Grund vor, dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, die objektiv nicht zumutbare Leistung trotz ihrer außergewöhnlichen Schwierigkeit zu erbringen und dann die Gegenleistung zu fordern [29]). Scheidet die analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 275 ff., 320 ff., 306 BGB. aber aus, so bleibt als letzte Möglichkeit nur ein Rückgriff auf die Vorschrift des § 242 BGB. Ist eine vertragliche Leistung überobligationsmäßig schwer, so ist der Schuldner gemäß § 242 BGB. berechtigt, die ihm nicht zumutbare Leistung zu verweigern, da jede vertragliche Leistungspflicht ihre natürliche Grenze in der Zumutbarkeit besitzt [30]). Jenseits der Grenze der Zumutbarkeit wird nichts geschuldet. der Schuldner schuldet nur, quidquid dare facere oportet ex bona fide. Daß der Schuldner aber nur zur Erbringung einer nach Treu und Glauben zu bewertenden zumutbaren Leistung verpflichtet ist, folgt aus den oben angegebenen Einzelvorschriften des BGB., die nur ein allgemeines, dem bürgerlichen Recht zugrunde liegendes Prinzip zum Ausdruck bringen [31]). Nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung wird aber unter Umständen auch eine Aufrechterhaltung des Vertrages trotz ungewöhnlicher Schwierigkeit auf Grund der Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen geboten sein, dergestalt etwa, daß die nachträglich eintretende ungewöhnliche Schwierigkeit der Erfüllung der vertraglichen

---

29) Ist das Mißverhältnis zwischen Mittel und Erfolg so groß, daß die Überwindung einer vertraglichen Schwierigkeit nach den Anschauungen des Verkehrs als geradezu widersinnig erscheint, so kann allenfalls eine ipso jure Lösung vom Vertrage befürwortet werden. Für eine generelle Unwirksamkeit von Tuhr, „Irrtum über die Grundlagen des Vertrages" LZ. 1921 S. 153 f.

30) Enneccers-Lehmann S. 116.

31) Das Reichsgericht erkennt allerdings eine außergewöhnliche Schwierigkeit allein noch nicht als genügenden Grund für die Lösung eines Vertrages an. Es hilft dem Schuldner erst dann, wenn gewisse, in der überobligationsmäßigen Schwierigkeit an sich noch nicht ohne weiteres enthaltene Voraussetzungen gegeben sind. Das Rechtsgericht erkennt entweder den Wegfall der Geschäftsgrundlage schlechthin oder die Aufhebung der ursprünglichen Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei außergewöhnlicher Änderung der Wirtschaftslage als Gründe an, die eine Lösung vom Vertrage rechtfertigen. Außerhalb dieser Tatbestände sind jedoch vertragliche Situationen denkbar, die in gleicher Weise ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners rechtfertigen.

Leistung einer Partei durch eine entsprechende Erhöhung der Gegenleistung ausgeglichen wird[32]). Erkennt man bei anfänglicher überobligationsmäßiger Schwierigkeit auf Grund des § 242 BGB. ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners an, so bleibt desungeachtet eine Leistung trotz außergewöhnlicher Schwierigkeit der Erfüllung stets dann geschuldet, wenn sich der Schuldner zur Leistung in Kenntnis ihrer ungewöhnlichen Schwierigkeit ernstlich verpflichtet hat[33]) [34]). Wollte man den Schuldner hier von seiner Leistungspflicht befreien, so wäre das unbillig gegenüber dem Gläubiger, der nach dem vom Schuldner in Kenntnis der Schwierigkeit der Erfüllung abgegebenen Leistungsversprechen mit der Erfüllung des Vertrages rechnen konnte und durfte. Der Schuldner darf in diesem Falle den Vertrag nicht abschließen. Geht er aber einer Verpflichtung zur Erfüllung einer ungewöhnlich schwierigen Leistung ein, so muß er auch das Risiko der Erfüllung tragen. Je nach der konkreten Interessenlage kann daher bei Vorliegen einer anfänglichen überobligationsmäßigen Schwierigkeit nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung aus § 242 BGB. ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners oder bei entsprechender Erhöhung der Gegenleistung die Aufrechterhaltung des Vertrages gefordert werden.

Das entscheidende Problem ist nur dieses: wann ist eine Leistung überobligationsmäßig schwierig und unter welchen Voraussetzungen ist ihre Erfüllung zumutbar oder nichtzumut-

---

32) RGZ. 103, 177, sowie die im Komm. der Reichsgerichtsräte zu § 157 u. A. 5 S. 368 zitierte Rechtsprechung. Gegen die allgemeine Verwendung dieses Gesichtspunktes RGZ. 129, 88.

33) Behandelt man die wirtschaftliche Unmöglichkeit gleich der objektiven und wendet man auf die überobligationsmäßige Schwierigkeit die §§ 275, 306 BGB. (RGK. Anm. 2 zu § 306 BGB.) analog an, so kommt man nach § 307 BGB. zu dem unmöglichen Ergebnis, daß der Schuldner selbst bei ernstlichem Versprechen einer ungewöhnlich schwierigen Leistung trotz seiner vorherigen Kenntnis nur zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet wäre. Richtig Siber a. a. O. S. 204.

34) Komm. von Staudinger a. a. O. S. 252 erkennt die Bedeutung der vorherigen Kenntnis der ungewöhnlichen Schwierigkeit der Leistung durchaus an, verkennt aber, daß bei Anwendung der Vorschriften über die juristische Unmöglichkeit auf die überobligationsmäßige Schwierigkeit eine Anwendung des § 307 BGB. nicht zu umgehen ist.

bar. Sind die vom Reichsgericht aufgestellten Voraussetzungen nicht gegeben, liegt also weder eine Änderung der Geschäftsgrundlage noch eine Erschütterung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung vor, und wird ein Lösungsrecht vom Vertrage allein auf die sog. Nichtzumutbarkeit gestützt, so müssen die Grenzen für die Obligationsmäßigkeit der Leistung und ihre Zumutbarkeit so eng wie möglich gezogen werden [35]).

Eine Leistung ist auf Grund von § 242 BGB. überobligationsmäßig schwer, wenn sie 1. (soweit es sich um Vermögensinteressen handelt,) eine ungewöhnliche wirtschaftliche Belastung des Schuldners, (soweit es sich um nichtvermögensrechtliche Interessen handelt) eine ungewöhnliche Beeinträchtigung rechtserheblicher Interessen des Schuldners herbeizuführen geeignet ist, und wenn sie 2. unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung als nicht zumutbar erscheint. Beide Voraussetzungen müssen gegeben sein. Fehlt die zweite, so ist die ungewöhnliche Schwierigkeit allein für den Bestand des Vertrages nicht von rechtlicher Erheblichkeit. Welche Rechtsfolge die Nichtzumutbarkeit der Leistung im einzelnen Falle nach sich zieht, bestimmt sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Der Richter hat unter Zugrundelegung des Maßstabes, den ihm § 242 BGB. an die Hand gibt und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Entscheidung zu treffen, die die konkrete Sachlage im einzelnen Falle erfordert.

Prüft man die Bedeutung des F l a t o w'schen Einwandes der anfänglichen Nichtzumutbarkeit im Tarifrecht, so ergibt

---

35) Die Richtung, in der eine Begrenzung der Obligationsmäßigkeit einer vertraglichen Leistung möglich wäre, gibt, soweit die Schwierigkeit der Leistung aus der ungewöhnlichen Überbeanspruchung des Vermögens des Schuldners resultiert, die vom RG. aufgegebene Ruintheorie. Das RG. schränkt in seiner Entscheidung RGZ. 103, 178-79 bezeichnenderweise seine Ablehnung weitgehend ein, wenn es erklärt „wenn in einzelnen Urteilen des Reichsgerichts entscheidende Bedeutung darauf gelegt worden ist, ob den Schuldner die Leistung wirtschaftlich ruinieren würde, so steht das dem Gesagten insofern nicht entgegen, als in den dortigen Fällen der Beklagte sich tatsächlich darauf berufen hatte, und es ist verständlich, daß gegenüber der Schwierigkeit, hier die Grenze richtig zu ziehen, diesem Umstand leicht das entscheidende Gewicht zufällt."

sich zunächst, daß hier die vom Reichsgericht aufgestellten Voraussetzungen für eine Lösung vom Vertrage nicht vorliegen. Die Tarifparteien sind nicht im Sinne von Windscheid von einer bestimmten Voraussetzung ausgegangen, deren späterer Wegfall dem Vertrage die Grundlage entzogen hätte. Ebensowenig ist die anfängliche Balance von Leistung und Gegenleistung erschüttert worden. Der Tatbestand ist vielmehr der, daß bei Inkrafttreten des Tarifvertrges der Erfüllung der tariflichen Pflicht mindestens einer Partei über das gewöhnliche Maß hinausgehende Schwierigkeiten entgegenstanden. Kennen die Tarifparteien aber bei freiwilligem Abschluß eines Tarifvertrages die wirtschaftliche Untragbarkeit der tariflichen Arbeits- und Produktionsbedingungen, so können sie sich auf die Überobligationsmäßigkeit der Leistung nicht berufen. Ist den Tarifparteien die ungewöhnliche Schwierigkeit der Leistung, die der Tarifvertrag ihren Mitgliedern aufbürdet, bekannt, (und das dürfte doch bei Abschluß eines freiwilligen Tarifvertrages, soweit es sich um den Fall der sog. anfänglichen Untragbarkeit handelt, stets der Fall sein), so dürfen sie den Vertrag nicht abschließen. Gehen sie aber trotzdem die Tarifvereinbarung ein, so müssen sie auch das Risiko der Erfüllung tragen, d. h. sie müssen sich mit allen verbandsrechtlichen Mitteln für die Realisierung des Tarifes einsetzen und die sich daraus ergebenden Konsequenzen eines etwaigen Austritts ihrer Mitglieder tragen. Kommt aber bei Vorliegen einer uranfänglichen Nichtzumutbarkeit im Flatow'schen Sinne eine Nichtkenntnis der Schwierigkeit nicht in Frage und ist andererseits bei Vorliegen der Kenntnis schon bei Abschluß des Vertrages die überobligationsmäßige Schwierigkeit nicht, — oder jedenfalls nur nach § 138 BGB. beachtlich [36]), so scheint für das von Nipperdey und Flatow aufgeworfene Problem nur beim „Zwangsvertrag" Raum zu sein, da hier die Parteien aus ihrer Kenntnis der die Erfüllung ungewöhnlich erschwerenden Umstände nicht die

36) Richtig andeutungsweise Siber a. a. O. S. 280. Eine Anwendung des § 138 BGB. kommt dann in Frage, wenn die überobligationsmäßige Schwierigkeit der tariflichen Arbeits- oder Produktionsbedingungen das Resultat einer übermäßigen Ausnutzung der Lage des wirtschaftlich schwächeren Teils durch den wirtschaftlich stärkeren Teil zum Schaden des ersteren ist.

Konsequenzen zu ziehen in der Lage sind, die man billigerweise beim freiwilligen Abschluß des Vertrages von ihnen verlangen kann, nämlich den Vertrag unter diesen erschwerenden Bedingungen nicht abzuschließen. Die Parteien sind beim Zwangstarif nicht Herr über Inhalt und Abschluß des Vertrages. Die verherige Kenntnis der Schwierigkeit der Leistung kann ihnen also nicht entgegen gehalten werden.

Begründet aber ein Zwangstarif im einzelnen Falle eine ungewöhnliche Belastung der Tarifparteien, und ist nach eingehender Prüfung der Interessenlage eine Erfüllung der tariflichen Leistungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauungen nicht zumutbar, so wäre an sich ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 242 BGB. gegeben, wenn nicht der Flatow'schen Lehre der Grundsatz der Nichtnachprüfbarkeit der Angemessenheit eines für verbindlich erklärten Schiedsspruches entgegenstände. Der Reichsarbeitsminister hat gemäß § 6 der Schlichtungsverordnung die wirtschaftliche Tragbarkeit der durch den Zwangstarif statuierten Arbeits- und Produktionsbedingungen zu prüfen. An das Ergebnis dieser Prüfung ist der Richter gebunden und zwar sowohl im Falle der anfänglichen als auch der nachträglich eintretenden wirtschaftlichen Unmöglichkeit [37]). Der Richter darf eine Partei mit ihrem Vorbringen, die Arbeits- und Produktionsbedingungen eines Zwangstarifes seien für ihre Mitglieder wirtschaftlich nicht tragbar, im Prozeß nicht hören.

Die Lehre Nipperdeys und Flatows scheitert daher an dem Prinzip der Nichtnachprüfbarkeit der Angemessenheit eines für verbindlich erklärten Schiedsspruchs [38]). Wäre der

---

37) Zu einer Prüfung der Zweckmäßigkeit und Tragbarkeit eines Zwangstarifs bezw. der durch ihn statuierten Arbeits- und Produktionsbedingungen kann auch nicht eine Interpretation des Tarifs gemäß § 157 BGB. führen.

38) Richtig Hueck-Nipperdey Lehrbuch II, S. 124. Unklar RAG. Bensheimer V Nr. 116. Richtig Hoeniger a. a. O. 541. Später auch Nipperdey a. a. O. 750 A. 12 ebenso für die Verbindlicherklärung RAG. I Nr. 14, II Nr. 74, III Nr. 42, V Nr. 50, Nr. 104 VI LAG. Köln S. 3, RGZ. 101, 53, 113, 103, 315, 104, 181, 105, 59, 111, 167, 116, 109, für die Allgemeinverbindlicherklärung RAG. I 42, II 262, VIII 488, IX 272, X 242, 363, Dersch K. z. Schlichtungsverordnung S. 223 ff., 268 ff., Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey I 110 ff., II 101 ff.

staatliche Spruch nur verbindlich, wenn die durch ihn statuierten Arbeits- und Produktionsbedingungen für die Tarifparteien zumutbar wären, so würde jede Tarifpartei gegenüber einem ihr unbequemen Zwangstarif sich auf die Untragbarkeit des Tarifes berufen und seine Realisierung von vornherein aussetzen. Der Richter sähe sich in dem zwischen den Tarifparteien sich entwickelnden Rechtsstreit gezwungen, die staatliche Verbindlicherklärung auf ihre sachliche Angemessenheit zu prüfen [39]). Die Prüfung der Zweckmäßigkeit eines Zwangstarifs und damit einer reinen Ermessensfrage würde die Schlagkraft der Verbindlicherklärung erheblich lähmen und gerade das Gegenteil dessen bewirken, was der Gesetzgeber mit der Verbindlicherklärung beabsichtigt hatte, nämlich eine schnelle und durchgreifende Stabilisierung der Arbeitsverhältnisse. Ist ein von der Schlichtungsstelle gefällter Schiedsspruch für verbindlich erklärt worden, so sind die Tarifparteien verpflichtet, auf die Realisierung des Spruches hinzuwirken und bei ihren Mitgliedern jedenfalls den Versuch anzuregen, zu den Bedingungen des Tarifs zu arbeiten und zu produzieren.

Welche Folgerungen der einzelne Arbeitgeber oder Arbeitnehmer aus der Untragbarkeit des Zwangstarifes zieht, bleibt den Verbandsmitgliedern vorbehalten [40]). Der Tarifverband selbst hat nur die Möglichkeit, sich mit dem gegnerischen Verband ins Benehmen zu setzen und zu versuchen, im Verhandlungswege die größten Härten des Tarifes zu beseitigen und, falls ihm das nicht gelingen sollte, zum nächsten möglichen Termine den Tarif zu kündigen. Praktisch wird diese Frage der Nichtzumutbarkeit des Tarifes kaum akut werden. Einerseits hat der Tarifverband die Möglichkeit, vor der Schlich-

---

39) Zu derselben praktisch unhaltbaren Konsequenz würde die Auffassung führen, der Richter habe bei Anwendung einer auf Grund von Artikel 48 Reichsverfassung erlassenen Notverordnung zu prüfen, ob die vom Reichspräsidenten zur Herstellung der öffentlichen Ruhe und Ordnung ergriffenen Maßnahmen nötig gewesen seien. Ebenso wie hier Richtlinien des RAM f. d. Schlichtungsverfahren, abgedr. bei Syrup-Billerbeck, S. 119 ff. u. RAbl. 1921, Nr. 3 a S. 95, Dersch NZfA. 1923, 273 ff., Hueck-Nipperdey II S. 404 und die dort unter Anm. 8 angeführten Entscheidungen u. Benzinger a. a. O. S. 64.

40) Klotz a. a. O. S. 149.

tungsstelle die wirtschaftliche Lage seiner Mitglieder darzulegen und auf die Unhaltbarkeit der von der Gegenseite in Vorschlag gebrachten Arbeits- und Produktionsbedingungen hinzuweisen. Da die Schlichtungsstelle unter Zugrundelegung des gesamten von beiden Schlichtungsparteien ihr zur Prüfung unterbreiteten Materials ihren Schiedsspruch fällt, ist es praktisch nahezu ausgeschlossen, daß ein Schiedsspruch, der eine der beiden Tarifparteien in derart ruinöser Weise einseitig benachteiligt, gefällt wird. Ebensowenig wird die staatliche Stelle, die bei Ablehnung des Schiedsspruches erst nach nochmaliger Prüfung des gesamten Sach- und Streitstandes die Verbindlicherklärung ausspricht, einen derartigen Zwangstarif ins Leben rufen. Endlich werden in den letzten Jahren, den starken Schwankungen der Konjunktur entsprechend, die Lohntarife so kurzfristig gestaltet, daß ein wirklich die Tarifparteien ungewöhnlich belastender Tarif schon nach kurzer Teit gekündigt werden könnte.

§ 2.

Die gewollte Realisierungsunfähigkeit.

Außer dem Einwand des mangelnden Interesses und der ursprünglichen wirtschaftlichen Untragbarkeit, die sich beide als rechtlich unhaltbar erwiesen haben, räumen Nipperdey und Hoeniger[41]) den Tarifparteien die Möglichkeit ein, sich durch Erklärung der sog. gewollten Realisierungsfähigkeit eines unbequemen Zwangstarifes zu entledigen. Diese sog. Realisierungsunfähigkeit berührt sich eng mit der Lehre von der gewollten Tarifunfähigkeit, nach der es den Tarifparteien gestattet ist, sich durch satzungsmäßigen Ausschluß der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen einem drohenden Schlichtungsverfahren zu entziehen. Die Frage der gewollten Tarifunfähigkeit ist in Literatur und Praxis stark umstritten. Während der größere Teil der Literatur sich für die gewollte Tarifunfähigkeit ausgesprochen hat[42]), vertritt das

41) a. a. O. S. 548, a. a. O. S. 749 Anm. 10.

42) Hueck-Nipperdey II S. 151 f. A. 44 und Literaturangaben. RAG. Bensh. V Nr. 184, 135 u. A. Nipperdey ebenda.

Reichsarbeitsgericht in konsequenter Rechtssprechung den gegenteiligen Standpunkt. Das Reichsgericht hat die Frage bisher noch nicht entschieden. In RGZ. 115, 117 hat der dritte Zivilsenat die Entscheidung der Frage offen gelassen. Die Befürworter der gewollten Tarifunfähigkeit weisen darauf hin [43]), die Tariffähigkeit setze notwendig voraus, daß die Tarifverbände zu einer Regelung der Arbeitsbedingungen generell geeignet seien. Diese Eignung liege dann vor, wenn der Zweck der Vereinigung auf eine solche Regelung gerichtet sei. Ob der Verbandszweck im einzelnen Falle auf die kollektive Regelung von Arbeitsbedingungen gerichtet sei, könne entweder aus der Satzung, der Auslegung des Gründungsvorganges oder aus der Betätigung des Verbandes gefolgert werden. Wenn die TVVO auch in der Bestimmung des § 1 die Tariffähigkeit nach gewissen objektiven Merkmalen und zwar keineswegs erschöpfend festgelegt habe, so dürfe dabei nicht verkannt werden, daß der gesetzliche Tatbestand ein Begriffsmerkmal enthalte, „das im Ergebnis der freien Entschließung der Vereinigung einen maßgebenden Einfluß auf das Vorliegen der Tariffähigkeit" [44]) gebe. In Wirklichkeit nämlich sei — wie bei jeder Vereinigung neben der freien Organisationsbildung auch der Grundsatz des freien Aufgabenkreises gewahrt. Liege aber eine gesetzlich den Verbänden auferlegte Zwangsaufgabe nicht vor, so müsse es den Verbänden frei stehen, durch Aufnahme der sog. negativen Tarifklausel ihren Aufgabenkreis einzuschränken. Daß dann der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerverband nicht mehr als arbeitsrechtlicher Verband im Sinne des § 1 TVVO. angesehen werden könne, sei selbstverständlich [45]). Das Reichsarbeitsgericht begründet seine ablehnende Haltung mit dem Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Stellung der Berufsverbände im Staat [46]). Die TVVO. habe aufbauend auf der Vereinbarung der Spitzenorganisationen der Wirtschaft über die Arbeitsgemeinschaft vom 15. November 1918 den über die Arbeitsbedingungen Verträge abschließenden Verbänden durch

43) Hueck-Nipperdey II 151 ff., 136 ff.

44) Pick NZfA. 1928 329 ff.

45) Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Rechtsprechung II S. 87 ff.

46) RAG. V Nr. 134—135.

die Einführung der Normativwirkung die Tarifgewalt über die tarifunterworfenen Beteiligten verliehen. Mit der Übertragung der Tarifgewalt seien die Tarifverbände zu öffentlich-rechtlichen Trägern der sozialen Selbstverwaltung geworden (RGZ. 107, 267) [47]). Unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Verbandsautonomie bediene sich der Gesetzgeber der tariffähigen Vereine und ihrer Vereinseinrichtung, um diesen eine öffentlich-rechtliche Verbandsaufgabe aufzuerlegen. Sei aber die Regelung der Arbeitsbedingungen eine den Verbänden kraft öffentlichen Rechts obliegende Aufgabe, so läge es nicht in der Macht der Verbände, sich ohne Aufgabe ihrer Verbandseigenschaft dieser öffentlich-rechtlichen Aufgabe zu entziehen [48]). Gegenüber dem Standpunkt des Reichsarbeitsgerichts verdient die Lehre von der gewollten Tarifunfähigkeit den Vorzug. Die Auffassung des Reichsarbeitsgerichts geht von Voraussetzungen aus, die die lege lata nicht gegeben sind. Wären die Berufsverbände Organisationen des öffentlichen Rechts und wäre die Regelung der Arbeitsbedingungen eine ihnen kraft öffentlichen Rechtes auferlegte Aufgabe, so könnte allerdings von dem willkürlichen Ausschluß dieser Aufgabe keine Rede sein. Die Berufsverbände des Arbeitsrechtes sind aber nicht Korporationen — oder wie Kaskel meint, Teilpersönlichkeiten des öffentlichen Rechts [49]). Der Tarifvertrag wird vielmehr von privatrechtlichen Verbänden zur Regelung privater Arbeitsverhältnisse in der Form des privatrechtlichen Vertrages abgeschlossen. Der privatrechtliche Charakter der Berufsverbände dürfte abgesehen von der höchst richterlichen Rechtsprechung heute allgemein anerkannt sein [50]). Die Vereinigungen der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber unterstehen keiner staatlichen

47) Die angegebene Entscheidung hat nirgends Widerhall gefunden.

48) Rechtsprechung II 87 ff., Nipperdey, Bensheimer V S. 553 ff.

49) Kaskel Arbeitsrecht S. 280.

50) Hueck-Nipperdey Lehrbuch S. 115, 413, Lutz, Richter, Archiv d. öffentlichen Rechts N. F. Bd. 8 S. 14, Flatow bei Kaskel Koalitionen S. 158, Peters, b. Kaskel Koalitionen S. 33, Groh NZfA. 26 Sp. 632, Jacobi Grundlehren S. 258 ff, 389 ff., 395 ff., Tebartz, die Gewerkschaften des öff. Rechts S. 14 ff., 79 ff., a. A.: Kaskel a. a. O. S. 280, Kandeler Stellung der Berufsverbände im Staat S. 99 ff., S. 76 ff., Neumann AR. 1926 S. 43, S. 68 die den Gedanken einer sog. öff. rechtl. Teilpersönlichkeit vertreten.

Aufsicht. Sie sind in ihrer Organisationsbildung grundsätzlich frei und können nicht zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben angehalten werden[51]). Die privatrechtliche Natur des Tarifvertrages hat Erwin Jacobi [52]) so überzeugend dargetan, daß auf seine Begründung hier verwiesen werden kann. Ebensowenig steht das Prinzip der Unabdingbarkeit mit der Einordnung des Tarifrechts in die private Rechtsordnung im Widerspruch. Herrscht im Verbandsrecht das Prinzip der freien Organisationsbildung und sind die Verbände mangels ausdrücklicher Verbotsbestimmung in der Festsetzung ihres Aufgabenkreises an keine Schranken gebunden, so sind die Berufsverbände nicht nur in der Lage, durch Aufnahme der negativen Tarifklausel in ihre Satzung sich jeder tariflichen Betätigung zu entziehen, sondern auch darüber hinaus durch satzungsmäßigen Ausschluß der Anwendung verbandsrechtlicher Zwangsmittel jede reale Einwirkungspflicht illusorisch zu machen. Mit dem Ausschluß der Tariffähigkeit verliert aber jeder Berufsverband automatisch seine Stellung als Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverband. Dasselbe hat auch für den Fall zu gelten, daß der Tarifverband die Aufnahme oder Anwendung seiner satzungsmäßigen Verbandsmittel ausschließt. Hat der Tarifverband nicht die Möglichkeit, seiner tariflichen Einwirkungspflicht durch die Einsetzung verbandsrechtlicher Zwangsmittel Nachdruck zu verleihen, so ist er nicht mehr in der Lage, seinen tariflichen Pflichten nachzukommen. Ein realisierungsunfähiger Tarif-Verband scheidet als sozialer Gegenspieler auf dem Kampffeld der Wirtschaft aus. Vor dem Abschluß eines Tarifvertrages und vor Verbindlicherklärung eines Schiedsspruches würde sich jede Tarifpartei bezw. jede Schlichtungsstelle die Statuten des Verbandes in dieser Hinsicht genau ansehen [53]), da von der Einsetzung des Verbandszwanges besonders in Zeiten schwerer wirtschaftlicher Depression Bestand und Erfüllung eines Tarifvertrages in hohem Maße abhängig sind. Erkennt

---

51) Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, S. 87 ff., Hueck-Nipperdey II S. 153.

52) Jacobi a. a. O. S. 246 ff.

53) Hueck Recht des Tarifvertrages S. 153.

man die sog. gewollte Tarif- und Realisierungsunfähigkeit im Gegensatz zu der Rechtssprechung des Reichsarbeitsgerichts an, so muß man diese einer schwerwiegenden Einschränkung unterziehen. Ist ein Tarifvertrag zustande gekommen bezw. ist ein Schiedsspruch für verbindlich erklärt worden, so haben die Tarifparteien es nicht in der Hand, sich ihren vertraglichen Pflichten durch die nachträgliche Auflösung des Verbandes [54]), die Aufnahme der negativen Tarifklausel [55]) oder dem Ausschluß verbandsrechtlicher Zwangsmittel zu entziehen [56]). Die Auflösung des vertraglich bereits gebundenen Tarifverbandes hat nur die Wirkung, daß der Verband in das Liquidationsstadium eintritt und bis zur Beendigung des Tarifvertrages als fortbestehend angesehen wird [57]). Die Erfüllung des Tarifvertrags gilt in diesem Falle als Abwicklung eines laufenden Geschäftes. Diese Rechtslage ergibt sich beim rechtsfähigen Verein aus den Bestimmungen der §§ 47 ff. BGB., für den nicht rechtsfähigen Verein aus einer analogen Anwendung des § 47 BGB. [58]). Ebensowenig wie die Auflösung des Tarifverbandes macht der nachträgliche Verlust der Tariffähigkeit den Tarifvertrag als solchen gegenstandslos [59]). Auch hier ist für Bestehen und Fortbestand der tariflichen Pflichten allein die Tatsache entscheidend, ob der Tarifverband bei Entstehung seiner Tarifverpflichtung die Tarif-

---

54) Hueck, Tarifrecht S. 42 f., Tarifvertrag S. 80 f.

55) Hueck-Nipperdey 2 S. 156.

56) Hueck-Nipperdey S. 296.

57) Hueck-Nipperdey S. 179 Anm. 48.

58) Hueck-Nipperdey 180, 156, Kaskel S. 53 A. 5.

59) Den gegenteiligen Standpunkt vertreten Hueck, Tarifvertrag S. 78, Tarifrecht S. 41—42, Jacobi S. 218, Sinzheimer Arbeitstarifgesetz S. 78 und besonders das Reichsarbeitsgericht in seiner Entscheidung RAG. Bensheimer VIII, Nr. 29 S. 129 ff., 135 ff., 140. Die Anwendung der in § 730 BGB. vorgesehenen Liquidation verfolge, so führt das RAG. aus, nur den Zweck, eine Auseinandersetzung unter den einzelnen Gesellschaftern herbeizuführen, damit nicht nachträglich die Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen würden, die aus dem Gesellschaftsvermögen hätte berichtigt werden müssen. Für eine derartige Auseinandersetzung sei aber kein Raum, wenn ein Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden sei. Die Anwendung der Liquidationsregeln auf den nicht rechtsfähigen Verein setze also das Vorhandensein eines Vereinsvermögens voraus.

fähigkeit besaß oder nicht. Bestand bei Eingehen einer tariflichen Verpflichtung oder bei Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs die Tariffähigkeit und damit die Schlichtungsfähigkeit des Berufsverbandes, so kommen bei nachträglichem Ausschluß der für die Tariffähigkeit aufgestellten Voraussetzungen die Laquidationsregeln zur Anwendung, es sei denn, daß die Auflösung oder die Aufnahme der negativen Tarifklausel schon von vornherein als Scheingeschäft nichtig und daher unbeachtlich ist. Schließt aber ein Tarifverband nachträglich seine Realisierungsfähigkeit aus, so macht er sich dadurch die Erfüllung seiner tariflichen Einwirkungspflichten schuldhaft un-

---

Gegen diese Rechtssprechung haben sich vornehmlich Nipperdey Anm. zu RAG. Bensheimer VIII Nr. 29, S. 140 und Stoll Archiv f. ziv. Pr. Bd. 133 NfF. 13, S. 79 ff. gewandt.

Nipperdey wirft dem Reichsarbeitsgericht in erster Linie vor, es habe den Begriff der „schwebenden Geschäfte" verkannt. Wenn das Vermögen den Inbegriff der Aktiven und Passiven darstelle, zu den Passiven aber die Verpflichtungen aus einem noch bestehenden Vertrage gehörten, so ergäbe sich allein schon daraus die Anwendung des § 730 und damit die Notwendigkeit eines Fortbestandes eines Tarifverbandes für die Abwicklung des laufenden Tarifvertrages.

Stoll befürwortet eine analoge Anwendung des § 47 BGB. mit der Begründung, im Gegensatz zu der ursprünglichen Auffassung, die den nichtrechtsfähigen Verein weit mehr als ein gesellschaftsähnliches Gebilde angesehen habe, werde heute vornehmlich der körperschatfliche Charakter des nichtrechtsfähigen Vereins betont (Stoll a. a. O. 81, 83, derselbe Reichsgerichts-Festgabe II, S. 49 ff., JW. 1927, 28, 17 Nr. 6, JW. 1928, S. 1069, dagegen RGZ. 127, 309). Da aber bei der Auflösung des nicht rechtsfähigen Vereins die Interessenlage die gleiche sei, wie bei Auflösung des rechtsfähigen Vereins, empfehle sich eine analoge Anwendung der Liquidationsbestimmungen des BGB. für den rechtsfähigen auf den nichtrechtsfähigen Verein. Die Auffassung Stolls verdient volle Zustimmung. Das Reichsarbeitsgericht hat zwar Recht, wenn es betont, daß die Bestimmungen über die Auseinandersetzung bei der Gesellschaft nur dem Interesse der Gesellschafter, nicht dem der Gläubiger dienten. Die Gesellschaft besteht eben nur aus einer Zusammenfassung der Gesellschafter ohne korporationsmäßige Organisation. Neben der Gesellschaft haftet den Gläubigern auch jeder Gesellschafter. Die Gläubiger bedürfen hier also keines Schutzes. Anders beim nichtrechtsfähigen Verein. Es ist anerkannte Rechtsprechung, daß sich die Haftung der Mitglieder eines nichtsrechtfähigen Vereins auf das Vereinsvermögen beschränkt und von einer selbständigen Haftung der einzelnen Vereinsmitglieder keine Rede ist. Der nichtrechtsfähige Verein unterscheidet sich insoweit nicht von dem rechtsfähigen Verein. Die Bestimmungen des § 54 BGB. sind nichts anderes als eine gesetzliche Fiktion, die an zwei grundsätzlich ungleiche Tatbestände die gleichen Wirkungen knüpft,

möglich [60]). Da die Realisierungspflicht als solche als Teil der tariflichen Friedenspflicht anzusehen ist, verletzt der Tarifverband seine tarifliche Friedenspflicht und wird so der Gegenseite schadensersatzpflichtig. Jeder Tarifverband, der einen Tarifvertrag abschließt, hat gleichzeitig zu praestieren, daß er zu einer zwangsweisen Einwirkung auf seine Mitglieder rechtlich imstande ist. Eine Einwirkungspflicht der Tarifverbände, hinter der nicht die Möglichkeit eines kollektiven Verbandszwanges stände, wäre völlig wirkungslos. Schließt daher der Verband nachträglich seine Einwirkungsmöglichkeit aus [61]), so haftet, wenn der Verband ein rechtsfähiger Verein ist, der Berufsverband als solcher. Besitzt der Verein nicht die Rechtsfähigkeit, so haftet die Gesamtheit der Mitglieder und zwar persönlich als Gesamtschuldner. Eine etwaige Beschränkung der Mitgliederhaftung auf deren Anteile am Verbandsvermögen bleibt unberührt. Daneben haften nach Maßgabe des § 54 BGB. diejenigen Personen, die als Vertreter oder Geschäftsführer des Verbandes den Tarifvertrag abgeschlossen haben. Diese Haftung ist eine gesamtschuldnerische. Sie ist unbeschränkt und durch die Satzung nicht beschränkbar [32]). Da der freiwillige Tarifvertrag und der für verbindlich erklärte Schiedsspruch in ihrer rechtlichen Wirksamkeit identisch sind, besteht diese Haftung der Mitglieder sowie der Verbandsorgane in gleicher Weise beim Freiwilligen- wie beim Zwangstarif. Danach kann zwar niemand den Verband hindern, seine satzungsmäßigen Einwirkungsmöglichkeiten auch nach Verbindlicherklärung eines

---

soweit die Ungleichheit der Tatbestände eine Gleichbehandlung gestattet. Da aber der Gläubiger beim nichtrechtsfähigen Verein im Gegensatz zur Gesellschaft eines besonderen Schutzes bedarf und die Interessenlage die gleiche ist, wie beim rechtsfähigen Verein, ist eine analoge Anwendung der Liquidationsregel des rechtsfähigen Vereins auf den nichtrechtsfähigen Verein eine zwingende Notwendigkeit. Ob aus Artikel 165 RV. gefolgert werden kann, daß für alle Fragen des Tarifrechts zwischen einem rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Verein kein Unterschied mehr bestehen soll, (Stoll a. a. O. S. 91) mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls führt die analoge Anwendung des § 47 BGB. ohnehin zum Ziel.

60) Hueck-Nipperdey II 296 Anm. 23.

61) Richtig Hueck, Recht des Tarifvertrages S. 153—54.

62) Vgl. dazu Oertmann Komm. zum BGB. zu § 54 A. 3 f S. 186.

Schiedsspruchs auszuschließen. Der Ausschluß des Verbandszwanges bedeutet aber nicht, wie Hoeniger und Nipperdey annehmen, daß damit Realisierungs-, Friedens- und Durchführungspflicht „blut- und inhaltsleer werden", soweit diese eine Einwirkung auf die Mitglieder verlangen. Der Ausschluß der Realisierungsmöglichkeit nach Abschluß des Tarifvertrages oder nach Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs hat nur zur Folge, daß die tarifliche Erfüllungspflicht sich in eine Schadensersatzpflicht verwandelt, die sich nach Maßgabe des § 325 BGB. bestimmt.

Es ist also festzustellen, daß die Tarifparteien nach Verbindlicherklärung eines Schiedsspruches weder in der Lage sind, unter Berufung auf die Untragbarkeit des Tarifes oder ihr mangelndes Interesse an Arbeitsverträgen auf tariflicher Grundlage noch durch Ausschluß ihrer verbandsrechtlichen Zwangsmittel sich der Realisierungspflicht zu entziehen. Der Einwand ursprünglicher Nichtzumutbarkeit ist unbeachtlich und der satzungsmäßige nachträgliche Ausschluß der verbandsrechtlichen Zwangsmittel stellt eine Verletzung der tariflichen Einwirkungspflichten dar und verpflichtet den Tarifverband zur Leistung von Schadensersatz.

III. KAPITEL.

Realisierungszwang und Verbandsmitglieder.

§ 1.

Realisierungspflicht, Einzelarbeitsvertrag und Verbandsmacht.

Die Tarifverbände haben als solche praktisch keine rechtliche Möglichkeit, sich von ihrer Einwirkungspflicht im Hinblick auf die Realisierung des Tarifes zu befreien. Diese tarifliche Gebundenheit lastet, da der Tarifvertrag kein Vertrag zu Lasten Dritter ist und der Einzelne aus dem Tarifvertrag nicht verpflichtet wird, nicht im gleichen Umfange auf den einzelnen Verbandsmitgliedern. Tariflich verpflichtet ist allein der Tarifverband als Tarifpartei. Trotz Verbindlicherklärung eines Schiedsspruchs und Abschluß eines Tarifvertrages steht es jedem Arbeitnehmer frei, aus dem Tarifgebiet abzuwandern und sich bei einem andern Arbeitgeber eine lohnendere Arbeitsstelle zu suchen. Beschränkt ist der Einzelne lediglich durch seinen tarifmäßig gestalteten Arbeitsvertrag — und die Verbandsmacht seiner Gewerkschaft. Sind die Arbeitsverträge erloschen und liegt ein Arbeitsverhältnis nicht mehr vor, so steht es dem Arbeitnehmer frei, sein Arbeitsverhältnis nicht zu erneuern, es sei denn, daß der Tarif eine normative Wiedereinstellungsklausel enthält, auf Grund deren rückwirkend die Kündigungen als zurückgenommen zu gelten haben. Für diesen Fall findet das Abwanderungsrecht des Arbeitnehmers seine Schranke in dem Inhalt des Arbeitsvertrages. Besteht aber keine Wiedereinstellungsklausel normativen Charakters, so unterliegt der Arbeitnehmer einzig und allein den Beschränkungen, die sein Verband ihm auferlegt. Statuiert der Tarif eine Wiedereinstellungsklausel in obligatorischer Form, so hat die Gewerkschaft die tarifliche Pflicht, auf jedes ihrer

Mitglieder unter Einsetzung aller ihr verbandsrechtlich zu Gebote stehenden Zwangsmittel im Sinne der Erneuerung der im Arbeitskampf erloschenen Einzelarbeitsverträge einzuwirken. Kommt die Gewerkschaft dieser ihrer Einwirkungsverpflichtung nicht nach, so verletzt sie ihre Tarifpflicht und macht sich, unabhängig davon, ob die Nichterneuerung als Arbeitskampf anzusehen ist oder nicht, schadensersatzpflichtig. Kommt der Arbeitnehmer der Aufforderung seiner Gewerknicht nach, so hat diese alle verbandsrechtlich zu Gebote stehenden Mittel gegen das renitente Mitglied einzusetzen. Die Verbandsmittel steigern sich vom einfachen Verweis bis zum Ausschluß aus dem Verbande[1]). Der faktische Einfluß der Gewerkschaftsverbände ist ein so großer, daß der Einzelne es ohne schwerwiegende Gründe kaum wagen wird, sich in einen derartigen Gegensatz zu seiner Gewerkschaft zu setzen. Von dieser Einwirkungspflicht vermag der einzelne Arbeitnehmer seine Gewerkschaft nur zu befreien, wenn er nachweist, daß er aus schwerwiegenden, nicht arbeitskampfmäßigen Gründen die Erneuerung der erloschenen Arbeitsverhältnisse ablehnt[2]). Besteht aber auf Grund eines Zwangstarifs oder eines freiwilligen Tarifvertrages keine Wiedereinstellungsklausel und beschränkt sich die Realisierungspflicht der Gewerkschaft auf die Verhinderung eines Arbeitsboykotts, so hat der Arbeitnehmer die Einwirkung seines Verbandes bei Nichterneuerung des Einzelarbeitsvertrages nur dann zu gewärtigen, wenn sein Verhalten den Tatbestand der Zuzugssperre erfüllt. Jede Erklärung, die das Verhalten des Arbeitnehmers als nicht einer Boykottabsicht entsprungen ansehen läßt, befreit den Verband von seiner Einwirkungspflicht. Außerhalb der Schranken des Einzelarbeitsvertrages und der Verbandsmacht der Gewerkschaft ist das Abwanderungsrecht des Arbeitnehmers unbeschränkt.

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer sieht sich der Arbeit-

---

1) Rohlfing bei Kaskel „Koalitionen" — Die Koalitionskampfmittel S. 92 ff.

2) Als Gründe der Verweigerung nichterloschener Arbeitsverträge können diejenigen angesehen werden, die den Arbeitnehmer bei bestehendem Arbeitsverhältnis zur Vornahme einer Kündigung berechtigen.

geber in seinem Recht, nach Beendigung des Arbeitskampfes den Betrieb nicht wieder zu öffnen, in dreifacher Weise beschränkt. Das Recht des Arbeitsgebers, die im Arbeitskampf stillgelegten Betriebe auch nach Beendigung des Arbeitskampfes ruhen zu lassen, findet seine Schranken im Arbeitsvertrag, in der Verbandsmacht und unter Umständen in den Bestimmungen der Stillegungsverordnung. Soweit sich beim Verbandstarif eine Beschränkung des Arbeitgebers aus dem Inhalt der Einzelarbeitsverträge und der Macht des Arbeitgeberverbandes ergibt, deckt sich diese Beschränkung mit jener, die dem Arbeitnehmer auf Grund seines Arbeitsvertrages und der Macht seiner Gewerkschaft entgegensteht. Schwerwiegender ist dagegen die Beschränkung, die den Arbeitgeber beim Firmentarif trifft, wenn er zugleich Tarifpartei ist. Beim Werkstarif bemessen sich die Beschränkungen, denen der Werksinhaber als Tarif- und zugleich als Arbeitsvertragspartei unterworfen ist, nach Maßgabe des Tarifes, dés Einzelarbeitsvertrages und der Stillegungsverordnung. Eine Beschränkung der Handlungsfreiheit des Betriebsinhabers durch die Macht eines Verbandes findet beim Firmentarif nicht statt. Enthält der Tarif eine normative Wiedereinstellungsklausel, so sind beim Firmentarif zwei Möglichkeiten zu unterscheiden. Entweder findet der Tarif noch ungelöste, wenn auch bereits gekündigte Arbeitsverhältnisse vor, oder die Arbeitsverhältnisse sind im Verlaufe des Arbeitskampfes zur Auflösung gelangt. Hat die normativ gestaltete Wiedereinstellungsklausel rückwirkende Kraft und besteht ihre Wirkung in der nachträglichen Aufhebung der Kündigungen, so bestehen in beiden Fällen die alten Arbeitsverhältnisse fort und die Rechtslage für den Firmeninhaber ist dieselbe, wie wenn der Tarif noch ungelöste Arbeitsverhältnisse vorgefunden hätte. Das Problem der sog. Realisierung und damit auch der Realisierungspflicht wird hier nicht akut. Enthält der Tarifvertrag eine Wiedereinstellungsklausel obligatorischer Form, so steigert sich beim Werkstarif die Einwirkungspflicht des Arbeitgebers zu einer vollgültigen Einstellungsverpflichtung. Die Wiedereinstellungsklausel begründet auf dem Umwege über den Vertrag zugunsten Dritter einen tarifvertraglichen Anspruch des Arbeitnehmers auf Erneuerung

der rechtsgültig erloschenen Einzelarbeitsverträge. Der Betriebsinhaber kann in diesem Fall die Wiedereinstellung der entlassenen Arbeitnehmer nur verweigern, wenn ein Grund vorliegt, der ihn zur Kündigung eines bestehenden Arbeitsvertrages berechtigen würde. Besteht ein solcher Grund nicht, so kann der Arbeitgeber sich der Einstellung des Arbeitnehmers nicht entziehen. Er muß nach Erneuerung der erloschenen Arbeitsverhältnisse unter Wahrung der gesetzlichen Frist den Arbeitnehmern kündigen. Enthalten dagegen der Zwangstarif oder der freiwillige Tarifvertrag weder eine Wiedereinstellungsklausel normativen noch obligatorischen Charakters, und besteht eine Realisierungsverpflichtung nur auf Grund der tariflichen Friedenspflicht, so ergibt sich aus dem Einzelarbeitsvertrag keine Wiedereinstellungspflicht des Werksinhabers, da Einzelarbeitsverträge nicht bestehen. Verweigert der Werksinhaber die Wiedereinstellung der entlassenen Arbeitnehmer in einem Umfange, der den Schluß gestattet, daß es sich um eine Arbeitskampfmaßnahme handelt, so ist der Werksinhaber auf Grund der tariflichen Friedenspflicht verpflichtet, zur Herstellung des tariflichen Friedens die Arbeitnehmer so weit wieder einzustellen, daß von einer Sperre und damit einer Sabotage des Tarifs im Wege bewußter Nichtrealisierung der Tarifsatzung keine Rede mehr sein kann. Weitere Beschränkungen stehen dem Betriebsinhaber auf Grund des Tarifvertrages oder der Einzelarbeitsverträge nicht im Wege.

§ 2.

Realisierungspflicht und Stillegungsverordnung.

Bemessen sich die rechtlichen Möglichkeiten der Lösung der Einzelarbeitsverträge beim Arbeitnehmer allein nach Maßgabe des Arbeitsvertrages, so unterliegt der Wille des Arbeitgebers, seinen Betrieb stillzulegen, darüber hinaus den Beschränkungen der Verordnung betr. Maßnahmen gegen Betriebsabbrüche und Betriebsstillegungen vom 8. 11. 1920 in der Fassung der Verordnung über Betriebsstillungen und Arbeits-

streckung vom 15. Oktober 1923 [3]) [4]). Nach § 1 Ziffer 2 der Verordnung sind Inhaber und Leiter von Betrieben einer bestimmten Art und Größe zu Erstattung einer Anzeige verpflichtet, bevor sie Betriebsanlagen stillegen, sofern hierdurch eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern zur Entlassung kommt. Ohne Zustimmungen der zuständigen Behörde darf die beabsichtigte Stillegung nicht vor Ablauf von 4 Wochen nach Erstattung der Anzeige vorgenommen werden. Nach § 6b der Verordnung finden diese Bestimmungen keine Anwendung auf solche Maßnahmen, die lediglich als Kampfmittel in wirtschaftlichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern verwendet werden. Es fragt sich daher im Anschluß an die im Rahmen dieser Arbeit zur Erörterung gelangten Fragen, ob ein unter diese Verordnung fallender Betrieb, der im Verlaufe eines Arbeitskampfes unter Entlassung seiner Belegschaft und zwar gemäß § 6b a. a. O. ohne Erstattung einer Anzeige und ohne Einhaltung der im § 1 bezeichneten Sperrfrist stillgelegt worden ist, den Beschränkungen der Stillegungsverordnung unterliegt, wenn er trotz der Beendigung des Arbeitskampfes geschlossen bleibt. Diese Frage wird in der Literatur vornehmlich von Jaerisch bejaht. Jaerisch [5]) vertritt den Standpunkt, der Zweck der Stillegungsverordnung sei kein sozialpolitischer, sondern ein rein produktionspolitischer. Die Verordnung bezwecke produktionspolitisch den Schutz der gewerblichen Betriebsanlagen der produktiven Industrie. Diesen rein wirtschafts- und nicht sozialpolitischen Sinn der Stillegungsverordnung entspreche es allein, wenn nicht die Arbeitsverträge, sondern die Arbeitsplätze erhalten blieben. Der Begriff der Entlassung, wie ihn § 1 der Verordnung aufgestellt habe, sei in Aufgabe der Arbeitsplätze umzudeuten. Verweigere der Betriebsinhaber nach Beendigung eines Arbeitskampfes die Öffnung seines Betriebes, so sei er den Bestimmungen der Stilllegungsverordnung unterworfen, obwohl die Entlassung der Arbeitnehmer nicht die Folge der Betriebsstillegung, sondern

---

3) Reichsgesetzblatt S. 1901.

4) Reichsgesetzblatt I S. 983.

5) NZfA. 1929 S. 395 ff.

die Wirkung des Arbeitskampfes sei. Die These von Jaerisch begegnet drei grundsätzlichen Bedenken. Einerseits ist der Zweck der Verordnung kein rein produktionspolitischer[6]). Die Verordnung verfolgt neben dem Schutz der produktiven Wirtschaftsanlagen in hohem Maße den sozialpolitischen Schutz der Arbeiter. Der Reichsarbeitsminister weist in seiner Ausführungsanweisung an die Länderregierungen vom 8. 11. 1920 auf den sozialpolitischen Zweck der Verordnung ausdrücklich hin[7]), wenn er sagt, die Verordnung sei erlassen „zur Vermeidung und zur Fernhaltung tiefgehender Beunruhigung der Arbeiterschaft". Aus diesem Grunde müßten, so führt die Ausführungsanweisung fort, die tatsächlichen Stillegungsversuche aufgeklärt und plötzliche Stillegungen, die sich als offenkundiger Mißbrauch des Eigentums an Betrieben darstellten, verhindert werden. Den gleichen Standpunkt vertritt der überwiegende Teil der Rechtslehre. Wäre der Sinn der Verordnung ein rein produktionspolitischer, so müßte die Verordnung die Stillegung von Betriebsanlagen unabhängig davon verbieten, ob sie eine Entlassung von Arbeitern zur Folge hätte, die den Beschränkungen der Verordnungen unterworfen wäre oder nicht. Die Voraussetzungen des § 1 Z. 2 a. a. O. sind aber nicht erfüllt, wenn eine Stillegung von Betriebsanlagen erfolgt, ohne daß die vorgeschriebene Zahl von Arbeitnehmern zur Entlassung kommt. Die Stillegung von Betriebsanlagen ist als solche auf Grund der Stillegungsverordnung nicht als normwidrig anzusehen. Entscheidend ist vielmehr die Aufhebung der Arbeitsverhältnisse und nicht die Aufgabe der Arbeitsplätze. Würde ein Betriebsinhaber nach Beendigung eines Arbeitskampfes einen Teil seiner Betriebsanlagen stillegen, die zur Entlassung gekommenen Arbeiter aber restlos in dem noch arbeitenden Teil seines Betriebes beschäftigen, so wäre die Stillegung seiner Betriebsanlagen auf Grund des § 1 Z. 2 keinen Beschränkungen unterworfen. Damit entfällt auch zugleich die zweite Voraussetzung, von der Jaerisch ausgegangen ist.

6) Göppert RArbBl. II 1929 S. 459 ff., Erdmann-Anthes Kommentar zur StillVO. A. 31 zu § 1 S. 56, RAG. II 1932 S. 1296.

7) Abgedruckt i. K. zur StillVO. v. Erdmann-Anthes S. 181 f.

§ 1 der Verordnung bezweckt nicht die Aufrechterhaltung der Arbeitsplätze, sondern knüpft an die mit einer erheblichen Entlassung von Arbeitnehmern verbundene Stillegung von Betriebsanlagen die Pflichten, die sich aus den Bestimmungen der § 1 ff. der Verordnung ergeben. Die im Interesse der Volkswirtschaft aus produktionspolitischen Gründen zu erstrebende Aufrechterhaltung der Arbeitsplätze hat nicht § 1 Z. 2, sondern § 1 Z. 1 der Verordnung zum Gegenstand. Nach Maßgabe des § 1 Z. 1 a. a. O. sind Inhaber und Betriebsleiter zur Anzeigeerstattung verpflichtet, bevor sie Betriebsanlagen ganz oder teilweise abbrechen oder bisher zum Betriebe gehörige Sachen in anderer Weise dem Betriebe entziehen, insbesondere veräußern oder betriebsunfähig machen, sofern hierdurch die gewerbliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers wesentlich verringert wird. § 1 Z. 1 und Z. 2 haben so eine bestimmte rechtlich voneinander unabhängige gesetzliche Aufgabe. Bezweckt der § 1 Z. 1 die Aufrechterhaltung des technischen Apparates, so wirkt Ziffer 2 einer Stillegung entgegen, die als solche die Entlassung einer bestimmten Anzahl Arbeitnehmer zur Folge haben müßte. Endlich leugnet Jaerisch[8]), daß aus dem Wortlaut des § 1 sich zwingend ergebe, daß Betriebsstillegungen und Entlassungen von Arbeitnehmern im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen müßten[9]) und zwar derart, daß die Entlassungen als unmittelbare Folge der Betriebsstillegung anzusehen seien. Das Gesetz sieht, wie sich aus der Bestimmung

---

8) Bescheid des RAM. RArbBl. 1926 677, Fischer daselbst, a. A. a. a. O. 459, Erdmann-Anthes S. 56, Wedler NZfA. 1924 S. 590 ff. Weigert ebenda S. 65 ff., Nikisch ebenda S. 577, 586 ff., von Karger D. ArbgZ. v. 18. Nov. 1928, Boehmer NZfA. 1929. Sp.

9) Jacobi JW. 1925 S. 187 ff., 196 vertritt den Standpunkt, Betriebsstillegungen u. Entlassungen brauchten in keinem kausalen Zusammenhang zu stehen. Vielmehr müsse auf sie das Verhältnis von Zweck und Mittel Anwendung finden. Diese Ansicht findet in Sinn und Wortlaut der Verordnung keine Stütze. Fuchs NZfA. 1924 S. 140 ff. hat im Anschluß an die E. des Gew. G. Leipzig vom 5. 12. 23 (Arbeitsrechtl. Beiträge zu den Mitteilungen der Vereinigung der Arbeitgeberverbände 1925 Nr. 2) den kausalen Nexus völlig umgedreht und die Verordnung auf den Fall angewandt, daß die Entlassung der Arbeiter die Stillegung zur Folge hat. Diese Auslegung findet im Gesetz keine Stütze und beruht offenbar auf eine Verwechselung.

des § 1 eindeutig ergibt, in der Betriebsstillegung das primäre Moment, das als sekundäre Folge die Entlassung der Arbeitnehmer nach sich zieht. Gegenüber dieser an den Wortlaut des Gesetzes sich anlehnenden Interpretation behauptet Jaerisch, die Verordnung sei unvollkommen redigiert. Eine Auslegung des unvollkommenen Wortlautes aus Geist und Sinn des Gesetzes müsse zu dem Ergebnis führen, daß mit der Entlassung der Arbeiter die Aufgabe der Arbeitsplätze gemeint sei. Daraus ergebe sich, daß der Arbeitgeber, der einen im Verlauf eines Arbeitskampfes stillgelegten Betrieb auch nach Herstellung des tariflichen Friedens nicht öffne, den Beschränkungen der StillVO. unterworfen sei. Ähnlich äußert sich Hoeniger[10]). Fordere, so meint Hoeniger, der Arbeitgeberverband seine Mitglieder nach der Beendigung eines Arbeitskampfes zur Öffnung ihrer Betriebe auf und setze er sich mit allen organisatorischen Mitteln für die Wiederaufnahme der Arbeit ein, so käme auf die Weigerung des Einzelarbeitgebers, seinen Betrieb zu öffnen, die Stillegungsverordnung zur Anwendung. Für diesen Fall sei es Aufgabe des Arbeitgebers, der zuständigen Behörde nachzuweisen, daß nach den individuellen Verhältnissen seines Betriebes die Wiederaufnahme der Arbeit für ihn untragbar sei. Dagegen meint die h. M., bei Aufrechterhaltung einer Betriebsstillegung nach Beendigung eines Arbeitskampfes fehle es an der kollektiven Entlassung als Folge der Betriebsstillegung. Die Kollektiventlassung sei bereits im Wege des Arbeitskampfes erfolgt. Nach Abschluß eines Arbeitskampfes könne eine Stillegung nicht mehr erfolgen, da die Betriebe bereits stillgelegt seien. Diese Argumentation ist nicht ganz bedenkenfrei. Erfolgt eine Stillegung auf Grund einer im Arbeitskampf vorgenommenen Aussperrung, so hat diese Aussperrung und damit auch die Stillegung des Betriebes nach dem Willen des Arbeitgebers nur vorübergehenden Charakter. Die Kampfmaßnahme wird mit dem ausgesprochenen oder unausgesprochenen Willen ergriffen, nach Erreichung des Kampfzieles die Betriebe wieder zu öffnen. Aus dem vorübergehenden Charakter der Betriebsstillegung sowie aus dem Motiv, das die Veranlassung

10) Hoeniger NZfA. 1929 Sp. 543 ff.

zur Stillegung gegeben hat, ergibt sich nach § 6 a. a. O., daß diese Form der Stillegung den Beschränkungen der Verordnung nicht unterworfen ist. Die Kollektivmaßnahme der Aussperrung erfolgt also im Gegensatz zur einzelvertraglichen Entlassung stets unter einer aufschiebenden Bedingung. Die kämpfende Arbeitnehmerschaft will keineswegs ihre kollektiven Beziehungen zu ihrem Arbeitgeber aufgeben und dieser sich nicht endgültig von seiner Belegschaft trennen [11]). Die Arbeitsplätze als solche bleiben bei der Aussperrung erhalten. Anders ist im Gegensatz zur Aussperrung der Fall zu beurteilen, daß nach Beendigung des Arbeitskampfes der Arbeitgeber sich weigert, seinen Betrieb zu öffnen. Erfolgt diese Maßnahme nicht aus Gründen eines Arbeitskampfes, so ergibt sich klar der Unterschied zur Aussperrung. Die Stillegung des Betriebes nach Abschluß eines Arbeitskampfes hat endgültigen Charakter. Sie ist an keine Bedingung geknüpft und bedeutet fraglos eine Aufgabe der Arbeitsplätze. Daß eine Aufgabe der Arbeitsplätze mit dem Begriff der Entlassung nicht identisch ist, ergibt sich aber aus den rechtlichen Folgen, die eine derartige Auslegung nach sich ziehen würde. Die Stillegungsverordnung begründet [12]) keine Anzeige- oder Wartepflicht des Betriebsinhabers, in dessen Person der Tatbestand des § 1 erfüllt ist. Die Einhaltung der Warte- und Einhaltungspflicht unterliegt keinem gesetzlichen Zwang. Unterlassung der Anzeige und Nichteinhaltung der Wartepflicht sind an sich nicht strafbar. Die Verordnung verbietet dem Betriebsinhaber nur, vor Ablauf der Wartefrist die von ihm geplante Stillegung vorzunehmen und gibt ihm gleichzeitig das Recht an die Hand, sich von diesem Verbote durch Einholung einer Erlaubnis und, falls ihm diese nicht erteilt wird, durch Abwarten der Sperrfrist des § 2 a. a. O. zu befreien [13]). Die Verordnung gebietet also nicht, eine beabsich-

11) RAG. IV S. 100, 127.

12) a. A. Jaerisch Arbeitskampf u. Betriebsstillegung NZfA. 1929 § 397 ff., 402.

13) Göppert a. a. O. S. 459 vergleicht zutreffend die Verbotsnormen des § 1 mit dem Otto Mayerschen Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt, das sich nur dadurch unterscheidet, daß der Betriebsinhaber nicht unbedingt der behördlichen Erlaubnis bedarf. Das Verbot tritt mit Ablauf der Sperrfrist automatisch außer Kraft.

tigte Stillegung anzuzeigen und die gesetzliche Sperrfrist einzuhalten. Sie verbietet nur, die beabsichtigten Stillegungsmaßnahmen vor Erstattung der Anzeige und Ablauf der Sperrfrist vorzunehmen. Ist eine Stillegung erfolgt, ohne daß den Vorschriften der Stillegungsverordnung genügt worden ist, so sind die Stillegungen und die daraufhin erfolgten Entlassungen gleichwohl rechtswirksam. Dem Betriebsinhaber ist also nicht die rechtliche Möglichkeit entzogen, sich durch Einholung einer Ausnahmeerlaubnis oder durch Abwarten der Sperrfrist von dem Stillegungsverbot zu befreien. Die Verordnung begründet daher keinen irgendwie gearteten Produktionszwang. Desungeachtet übt die Verordnung auf die Inhaber der Betriebe einen wenn auch nur mittelbaren Druck aus, aus produktionspolitischen Gründen keine Entlassung vorzunehmen. Liegen aber im Einzelfall die Voraussetzungen der Stillegungsverordnung vor, so bedeutet das Verbot des § 1 für die Zeit bis zur Erteilung der Erlaubnis bezw. bis zum Ablauf der Sperrfrist, praktisch nichts anders als eine gesetzliche Lohnzahlungspflicht[14]). Diese Lohnzahlungspflicht besteht aber nur dann, wenn die Stillegung Entlassungen, d. h. Kündigungen von Arbeitnehmern im eigentlichen Sinne des Wortes zur Folge haben würde. Wäre die Nichtwiedereröffnung der im Arbeitskampf zur Stillegung gelangten Betriebe den Beschränkungen der StillVO. unterworfen, so ergäbe sich daraus als notwendige Folge, daß auf Grund der StillVO. der Arbeitgeber entweder zur Erneuerung der im Arbeitskampf zur Auflösung gelangten Arbeitsverträge oder jedenfalls für die Dauer der Sperrfrist zur Zahlung von Löhnen an Arbeitnehmer verpflichtet sein würde, mit denen er in keinerlei vertraglichen Beziehungen steht. Für die Dauer der Sperrfrist schreibt die StillVO. den Betriebsinhabern vor, daß Entlassungen nur mit Genehmigung der zustimmenden Behörde wirksam seien. Welche Entlassungen könnten Gegenstand der Genehmigungspflicht der zuständigen Behörde sein, wenn alle Arbeitsverträge im Arbeitskampf gelöst und neue Arbeitsverträge nicht zum Abschluß gekommen sind. Göppert weist mit Recht darauf hin[15]), daß Jaerisch

14) Richtig Hoeniger NZfA. 1929 Sp. 545, Göppert a. a. O. 459.
15) Göppert a. a. O. 459.

fälschlicherweise das Stillegungsverbot mit Befreiungsmöglichkeit in ein Anzeigegebot umdeutet. Die strafbare Handlung läge nach Jaerisch nicht in der Vornahme einer nur zeitweise noch verbotenen Handlung, sondern in der Unterlassung der Anzeige. Die Stillegungsverordnung ist ihrem rechtlichen Charakter nach ein Strafgesetz. Es ist aber anerkannt Rechtens, daß im Strafrecht der Rechtsbehelf der Analogie nur zur Ausschließung, Aufhebung oder Milderung eines Strafanspruchs, nicht aber zur Begründung, Erweiterung oder Verschärfung eines Strafgesetzes herangezogen werden darf. Die Nichtöffnung von Betrieben nach Abschluß eines Arbeitskampfes unterliegt daher nur den Beschränkungen der Stillegungsverordnung, wenn auf Grund dieser definitiven Stillegung echte Entlassungen, d. h. also praktisch Kündigungen noch bestehender Arbeitsverträge vorgenommen worden sind. Ob nach Abschluß eines Arbeitskampfes der Arbeitgeber den Beschränkungen der StillVO. unterworfen ist, hängt entscheidend davon ab, ob der Zwangstarif oder der freiwillige Tarifvertrag noch bestehende Arbeitsverträge antrifft, ob und in welcher Form der Tarif eine Wiedereinstellungsklausel statuiert. Sind bei Abschluß eines Arbeitskampfes die Einzelarbeitsverträge zwar gekündigt, die Kündigungsfristen aber noch nicht abgelaufen und enthält der Tarif eine Wiedereinstellungsklausel in normativer Form, so kommt die Stillegungsverordnung auf die Weigerung des Betriebsinhabers, seinen Betrieb zu öffen, zur Anwendung. In dieser Weigerung zur Einstellung der entlassenen Arbeitnehmer liegt eine erneute Kündigung und damit eine Entlassung im Sinne des § 1 Z. 2 der Verordnung, die als solche durch den Willen des Betriebsinhabers bedingt ist, seine Betriebsanlage nicht zu benutzen. Die Entlassung steht daher mit der Stilllegung des Betriebes in einem kausalen Zusammenhang, wobei die Nichtbenutzung der Betriebsanlagen das primäre, die Entlassung das sekundäre Moment ist. Sind die Einzelarbeitsverträge gelöst und enthält der den Arbeitskampf beendigende Tarif eine rückwirkend normative Wiedereinstellungsklausel, so gelten im Sinne Boehmers die zu Recht erfolgten Kündigungen als nachträglich zurückgenommen. Die Weigerung des Betriebsinhabers, die entlassenen Arbeitnehmer wieder ein-

zustellen, bedeutet gleichfalls eine erneute Kündigung, d. h. eine Entlassung, die als ursächliche Folge der Betriebseinschränkung den Beschränkungen der Stillegungsverordnung unterliegt. Statuiert der Tarif eine Wiedereinstellungsklausel in obligatorischer Form, so scheidet zunächst der Fall aus, daß die Nichtöffnung der Betriebe als Fortsetzung des Arbeitskampfes anzusehen ist. Auf die Weigerung der Öffnung der Betriebe aus arbeitskampfmäßigen Gründen findet die Stillegungsverordnung keine Anwendung. Ist aber der Betrieb im Arbeitskampf zum Erliegen gekommen oder droht der Betrieb unter den Arbeitsbedingungen des Tarifes zusammenzubrechen, so kann der Betriebsinhaber bei Bestehen einer obligatorischen Wiedereinstellungsklausel seinen bereits im Arbeitskampf stillgelegten Betrieb ruhen lassen, ohne den Beschränkungen der Stillegungsverordnung unterworfen zu sein. Eine Entlassung als Folge der Betriebseinschränkung liegt dann nicht vor, da die Entlassung die Folge des Arbeitskampfes und nicht der Betriebsstillegung gewesen ist. Fehlt eine tarifliche Wiedereinstellungsklausel und besteht lediglich eine Realisierungspflicht als Ausfluß der tariflichen Friedenspflicht, so ist die Rechtslage die gleiche wie bei Bestehen einer obligatorischen Wiedereinstellungsklausel. Die Nichtöffnung der im Arbeitskampf stillgelegten Betriebe ist nach Abschluß des Arbeitskampfes den Beschränkungen der Stillegungsverordnung nicht unterworfen [16]). Unterliegt aber nach den vorstehend entwickelten Voraussetzungen die Nichtöffnung der Betriebe nach Beendigung des Arbeitskampfes den Beschränkungen der Stillegungsverordnung, so bedeutet das nicht, daß die Erteilung der Stillegungsgenehmigung der Willkür der zuständigen Behörde überlassen bliebe. Das behördliche Genehmigungsrecht des § 1 der Verordnung findet an der wirtschaftlichen Unmöglichkeit, einen Betrieb auch nur während der gesetzlichen Sperrfrist aufrecht zu erhalten, seine natürliche Schranke. Es kann allerdings nach Abschluß eines Arbeitskampfes im einzelnen Falle schwierig sein, festzustellen, welches Motiv der Stillegung des Betriebes zugrunde liegt. Da aber die Verwaltungsbehörden und auf Grund des § 7 der Strafrichter

16) ebenso v. Karger a. a. O., Göppert a. a. O.

das Recht zur Einsicht in Bilanz und Geschäftsbücher des Werkes besitzen, dürfte die Feststellung des wahren Sachverhaltes nicht auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen. Ist danach aus Anlaß eines Arbeitskampfes ein Betrieb stillgelegt worden und sind die Arbeitsverhältnisse im Verlauf des Arbeitskampfes zur Auflösung gelangt, so kann bei Fehlen einer normativen Wiedereinstellungsklausel der einzelne Arbeitgeber seinen Betrieb endgültig stillegen, ohne den Beschränkungen der Stilllegungsverordnung unterworfen zu sein. Erfolgt diese Stillegung in der Absicht, den eben beendigten Arbeitskampf wieder zu erneuern, so ergibt sich die Befreiung von den Beschränkungen der Verordnung aus der Bestimmung des § 6 b der Stillegungsverordnung. Bezweckt dagegen die Stillegung nicht die Bekämpfung des Tarifes, so ist der Betriebsinhaber von den Beschränkungen der Stillegungsverordnung befreit, weil die Entlassung seiner Arbeitnehmer nicht die Folge der erneuten Betriebsstillegung gewesen ist.

LEBENSLAUF.

Am 2. Juli 1907 bin ich in Arnsberg als Sohn des Facharztes für innere Krankheiten Dr. Hermann Birrenbach und seiner Ehefrau Toni geb. Binhold geboren. Von 1913—1917 besuchte ich die Ludgerii-Volksschule, seit 1917 das Paulinische Gymnasium in Münster, an dem ich im Frühjahr 1926 die Reifeprüfung ablegte. Ich widmete mich sodann dem Studium der Rechts- und Staats-Wissenschaften an den Universitäten Genf, Paris, München, Berlin und Münster. Am 28. Juni 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und bin seither als Referendar im Preußischen Justizdienst tätig.

Auf Grund vorstehender Dissertation bestand ich am 28. Januar 1933 die mündliche Doktorprüfung.

Kurt Birrenbach
Gerichts-Referendar.